

دكتور طلب وهبة خطاب
أستاذ القانون الحديث المساعد
بكلية الحقوق جامعة عين شمس
معار بجامعة الملك سعود بالرياض

أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة

الطبعة الأولى

ملفزم الطبع والنشر

دار الفكر العربي
١١ حاد مسى - القاهرة



دكتور طلب وهبة خطاب
أستاذ القانون المدنى المساعد
بكلية الحقوق بجامعة عين شمس
معار بجامعة الملك سعود بالرياض

أحكام الالتزام بين الشريعة الإسلامية والقانون دراسة مقارنة

الطبعة الأولى

ملقزم الطبع والنشر

دار الفكر العربى
١١ جوار حسنى - القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

« ثم جعلناك على شريمة من الأمر فاتبعها

ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون » ..

(صدق الله العظيم)

آية رقم (١٨) من سورة الحجّته

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين ،
سبحنا محمد خير الخلق أجمعين ، وعلى آله وصحبه ومن اتبع هذا إلى
يوم الدين •

وبعد ••

فالحاصل أن نظرية الالتزام تضم بين رحابها القواعد العامة والأساسية
التي تحكم الالتزام بصفة عامة أو الالتزامات بوجه عام إذا شئنا الدقة •
وهذا مصدر أهميتها • إذ تتضمن ، على هذا النحو ، الأسس التي تقوم
عليها المعاملات في الشريعة والقانون •

وهذه دراسة لأحكام الالتزام ، راينا أن تكون على سبيل المقارنة
بين القانون الوضعي وما خلص إليه فقهاء الشريعة الإسلامية للفراء • فما
أحوجنا في هذه الحقبة إلى هذا النوع من الدراسة المقارنة •

قد يقال ، أن فقه الشريعة الإسلامية لم يعرف ما اسماء الفقه
للقانوني • بنظرية الالتزام • ، والرد على ذلك لا يحتاج إلى غناء • فالمعروف ،
أن إلفقه الإسلامي لم يبين على النظريات ، لأن فقهاء المسلمين الأوائل قد
درجوا على استخلاص الأحكام الفردية لأحوال الناس ، واقتصروا على
الفروع والجزئيات دونما اهتمام باستخلاص النظريات (١) •

ولذا أمعنا النظر في فكرة الالتزام في الشريعة الإسلامية - ولم نعدم
وجودها فيها - لاحظنا أن الالتزام يتناول عددا من الروابط تمتاز بموضوعاتها
وأحكامها تمايزا لم يد معه فقهاء هذه الشريعة للفراء • إجمالها في وحدة
تنظيمها جميعا ويكون لها اسم خاص يدل عليها ، على الرغم من اشتراكها في
بعض الأحكام • ذلك أن اشتراكها في بعض الأحكام يصاحبه اختلاف في كثير
منها • وإزاء هذا الاختلاف كانت القناة ببيانها متفرقة مع بيان حكم كل

(١) راجع ، عبد الفتاح عبد الباقي ، مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتي ، جامعة

الكويت ، ١٩٧٦ ، ص ١٩ - ٢١ •

رابطية منها . وعلى الرغم من ذلك فإنه لم يكن متمذرا جمع كثير من هذه الأحكام المشتركة في إطار ما يمكن أن تطلق عليه نظرية الالتزام في الفقه الاسلامي .

وتأسيسا على ما سلف ، يمكننا القول بأنه ولئن كانت نظرية الالتزام - باعتبارها بنيانا يضم القواعد العامة والأساسية التي تعالج موضوع الالتزام وتنبيء عن تصور كامل له - هي نظرية وضعية نصا وفقها ، فإنه لا يمكننا أن نهمل ما تنطوى عليه بطون كتب فقهاء الشريعة السمحاء من أحكام بشأنها وهي كثيرة .

هذا ، وقد ولكب درستنا هذه الامران غاية في الأهمية . ان كان لهما من دلالة فإنها الاتجاه صوب وضع الأمور في نصابها الصحيح بتطبيق شريعة الله . الأمر الأول ، وقد ولكب درستنا منذ البداية وهو صدور التقنين المدني الجديد في الكويت ، وقد استمدت أحكامه من الفقه الاسلامي . ولذا فقد اتخذناه ركيزة للمقارنة سائلة الذكر . ولم لا ويعد بذلك أحدث التقنيات المدنية العربية التي استوتحت أحكامها من شريعة الله . أما الأمر الثاني ، وقد ولكب درستنا في نهايتها ويتمثل في ظهور مشروع تقنين أحكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية في مصر . وقد اتخذناه أيضا ركيزة من ركائز المقارنة موضوع درستنا . ولا ينبغي أن يغيب عنا في هذا الصدد ، للتقنين المدني المصري ركيزة ثالثة . هذا التقنين الذي استمد منه للتقنين المدني للكويتي كثيرا من أحكامه ، وهذه حقيقة .

وعلى الرغم مما تؤدي اليه هذه الحقيقة من أن التقنين المدني الجديد في الكويت لا يختلف كثيرا فيما جاء به من أحكام - مصدرها الشريعة الاسلامية - عن التقنين المدني المصري الحالي ، فلا يفوتنا أن نبرز مقسما وبصورة اجمالية ما بينهما من اختلاف . ومن هنا فإننا لا نتردد في القول - وعلى سبيل المثال - بأن النصوص المتعلقة بالفوائد في الثاني انما تمثل موقعا اساسيا لاختلافه للجوهري عن الأول . اضافة الى اختلافهما بخصوص أحكام التقادم (مرور الزمن) . هذا الى جانب مواقع أخرى للاختلاف لسنا بسبيل التعرض لها الآن . وفي الحق ، فإن نتيجة على جانب عظيم من الأهمية تترتب على كل ذلك مؤداها : ان التقنين المدني المصري الحالي لا يختلف في أحكامه عن الشريعة الاسلامية ، اللهم الا تلك الأحكام المتطقة بالفوائد وأحكام التقادم . اضافة الى أحكام عقد التأمين ولا تقر الشريعة الاسلامية منها - كما هو معروف - الا ما يتعلق بالتأمين التعاوني . والقيمة الحقيقية لهذه

النتيجة في نظرنا تظهر جلية مع الانتباه من مشروع تقنين الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر . إذ كان يكفى أن نلقى أو نعمل من أحكام للقانون المدني المصري ما يخالف حكم للشرع الإسلامي .

وعلى أية حال ، فأتينا سوف نجعل من التقنين المدني الكويتي أساسا في دراستنا هذه ، ونكتفي بالنسبة للتقنين المدني المصري الحالي بمجرد الإشارة إلى النص المقابل منه لنظيره الكويتي في حالة الاتفاق في الحكم . ومن ثم فأتينا سوف نتناول بالتفصيل النص المدني المصري حال اختلاف حكمه عن نظيره الكويتي وبمدهما نبرز موقف مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر حسيما تقتضيه دراستنا نمطا واسلوبا . كل ذلك مع المقارنة بأحكام الفقه الإسلامي . وعلى صعيد هذا الفقه ، ينبغي ألا يغيب عن البال أكثر من محاولة لتقنين أحكامه . أولا مجلة الأحكام العدلية . وثانيتهما كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان لمحمد جدوى باشا . واحتثنا جميعا مجلة الأحكام الشرعية على مذعب الإمام أحمد ابن حنبل الشيباني للشيخ عبد الله القاري . وقد صدرت مؤخرا بالمملكة العربية السعودية .

ولما كان أحد قطبي المقارنة التي نحن بصددنا للنظام المدني الوضعي من جهة والقطب الآخر هو للفقه الإسلامي من جهة أخرى وكان لكل منهما ذاتيته وبناؤه المستقل ، فإن من الطبعي أن نصادف بعض الأحكام التي توجد في الأول ولا توجد في الثاني ، ودون أن يقلل ذلك من شأن الفقه الإسلامي . فمثل هذا التباين والاختلاف مألوف في كل دراسة مقارنة .

وأخيرا ، نرجو أن تكون دراستنا هذه حاديا لنا ولغيرنا إلى مزيد من تعميق شتى جوانبها المختلفة وحواشيها المتعددة ، فالحاجة ملحة إلى مثل هذه الدراسات المقارنة ، إحياءا لشريعة الله وإبرازا لمظلة الصرح الذي شيده فقهاؤها شامخا ، والله الموفق إلى ما فيه الخير والرشاد .

موضوعات الدراسة وخطة البحث :

إن النهج المنطقي لسرد الأحكام التي تضمها نظرية الالتزام في رحابها يقتضى السير مع هذا النظام القانوني (الالتزام) في مراحل حياته من ميلاده حتى مماته . فنواجه أولا الالتزام في نشأته ببيان مصادره ودراستها ، وثانيا الالتزام في حياته وما يربته خلالها من آثار . وما يلحق به من أوصاف وما يمكن أن يطرا من تغير في أطرافه بالانتقال . وثالثا الالتزام في مماته أي انقضائه .

ولما كانت دراستنا تنحصر في احكام الالتزام ، ونعني بها للقواعد التي تحكم الالتزام في ذاته بعد نشوئه صحيحا - بقطع النظر عن مصدره - حتى انقضائه فان المرحلة الاولى تخرج عن نطاق هذه الدراسة ليكون موقعها ضمن مصادر الالتزام *

وفي ضوء ذلك ، يمكننا ان نحدد - وعلى وجه الاجمال - دراستنا لاحكام الالتزام على المعنى المتقدم لها بانها تشمل الالتزام في حياته اولا ومن حيث مصالته ثانيا *

في نطاق المرحلة الاولى ، وبعد ان يولد الالتزام صحيحا بنشوئه من مصدره ، تترتب آثاره ، ولذا كان الأصل في الالتزام أثناء ذلك ان يكون بسيطا ومنجرا أى على معنى ان يتجسد في رابطة بين دائن واحد ومدين واحد يلتزم بأداء واحد ، هذا من ناحية - ان يكون واجب التنفيذ - فور نشوئه من ناحية أخرى فانه قد يلحق به وصف يعدل في هذا التنجيز أو تلك للبساطة *

بيد ان ذلك كله لا يؤثر في جوهر الالتزام * هذا للجوهر الذي تحول من النظرة للشخصية ، والالتزام فيها لا ينفك عن شخص طرفيه ، الى نظرة مادية يختلط فيها الالتزام بمحل حيث القيمة الاقتصادية له (١) * ونعني بالمحل الأداء الذي يتعين على المدين أن يقوم به لصالح الدائن * والفرق بين النظرتين ان الالتزام في الاولى رابطة شخصية ومن ثم لا يتصور بقاء الالتزام مع تغير طرفيه أو أحدهما * اما في الثانية والعبارة فيها بالأداء ، فانه يتصور بقاء الالتزام على الرغم من تغير طرفيه أو أحدهما * فمن الجائز انفصال الالتزام من ناحيته الايجابية أو السلبية *

والخلاصة .. ان الالتزام في هذه المرحلة يرتب آثاره وقد تلحقه اوصاف ويمكن أن ينتقل أو يتحول *

(١) راجع :

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) :

“ Droit civil ” . t. 2., VOL, 1

“ Les obligation ” Paris, 1962.

N. 549, P. 595 — 596.

أما في نطاق المرحلة الثانية ، ونولجه فيها الالتزام من حيث مصلته
فإننا نقتاول أسباب انقضاء هذا الالتزام .

في ضوء ما تقدم ، نقسم دراستنا الى أربعة أبواب :

الباب الأول : في آثار الالتزام .

الباب الثاني : في الأوصاف المصحلة للالتزام .

الباب الثالث : عن انتقال الالتزام .

الباب الرابع : ونخصه لانقضاء الالتزام .

الباب الأول

آثار الالتزام

١ - تهييد وتقسيم :

يقصد بآثار الالتزام ، ما يترتب عليه من نتائج قانونية * وتبعا لذلك فان الأثر للجوهرى للالتزام - بعد نشوئه صحيحا من مصدره - هو تنفيذه ، او على وجه اللقطة وجوب تنفيذه * والاصل ان يقوم المدين بتنفيذ لالتزامه مختارا * ولكن ان يمتنع عن ذلك ، فان لمقتناعا مثل هذا يكون مدعاة لكي يلجأ الدائن الى إجباره على التنفيذ * وفي الحالين ، اما ان ينصب التنفيذ على ذات الالتزام أو عينه ، بان يؤدي المدين عين ما التزم به ويطلق عليه التنفيذ العيني جبرا أو لختيارا ، ولما ان يتم التنفيذ عن طريق الزام المدين بإداء تعويض للدائن بدلا عن تنفيذ الالتزام عينيا ، ويطلق عليه التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض ، جبرا كان أو لختيارا هو الآخر *

اذن لا يصح الخلط بين التنفيذ للعيني والتنفيذ الجبرى واعتبارهما شيئا واحدا (*) * وخلاصة ذلك كله ، والأثر الجوهرى للالتزام هو وجوب تنفيذه ، فان التنفيذ يأخذ صورة من اثنتين من حيث كيفية وقوعه *

الأولى : التنفيذ الاختيارى • L'exécution volontaire

الثانية : التنفيذ الجبرى • L'exécution forcée

وحال وقوع التنفيذ بالكيفية السابقة فانه يتخذ - وبجانب مضمون الأداء فيه - صورة من اثنتين أيضا :

الأولى : للتنفيذ للعيني • L'exécution en nature

الثانية : التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض *

L'exécution par équivalent.

(١) السهرى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، دار النشر للجامعات المصرية ، ١٩٥٦ .
رقم ٢٨١ ، ٢٨٢ ، ص ٧١٨ - ٧١٩ .

وأيا كانت صورة التنفيذ ، فإن الدائن يمكنه أن يستعين بعدة وسائل تضمن وقوعه • وعلى أية حال ، فإنه لما كان التنفيذ الاختياري للالتزام ، عبارة عن الوفاء به ، فإن للوفاء بعد – على هذا النحو – أثرا للالتزام ، وبأنفس التدبر أيضا يعد سببا لانقضاءه • ومن ثم تقع دراسته في الباب المخصص لانقضاء الالتزام •

وفي ضوء ذلك ، تنقسم دراستنا في هذا الباب إلى الفصول الآتية :

الفصل الأول : التنفيذ العيني •

الفصل الثاني : التنفيذ بمقابل لو عن طريق التعويض •

الفصل الثالث : في وسائل ضمان التنفيذ •

الفصل الأول

التنفيذ العيني

L'EXÉCUTION EN NATURE

٢ - تمهيد وتقسيم :

ذكرنا أنه إذا لم يتم الدين بتنفيذ التزامه مختارا ، كان للدائن أن يجبره على هذا التنفيذ • وللتنفيذ الجبرى يقع عادة على ذات الالتزام • ومقتضى ذلك أن يقدم الدين للدائن عين الأداء الذى للزم به •

وما ينبغي أن يلاحظ فى هذا المقام ، أنه ليس كل التزام يتمتع الدين عن الوفاء به اختيارا يكون من شأنه أن يفتح باب التنفيذ الجبرى أمام الدائن • لاذ التنفيذ الجبرى يكون ممكنا للدائن - بحسب الأصل - إذا كان الالتزام محل امتناع الدين عن التنفيذ الاختيارى للتلزام مدنيا وليس طبيعيا^(١) •

ونتكلم أولا عن الالتزام المدنى وتنفيذه جبريا •

وثانيا عن الالتزام الطبيعى •

ونخصص لكل منهما مبحثا •

(١) راجع بالتفصيل ، الفقرة بين الالتزام المدنى والطبيعى :

MARTY et RANAUD : op. cit., p. 595, n. 547 et p. 840, n. 834.

البحث الأول

الالتزام المعنى وتنفيذه إجريا

٣ - والالتزام المعنى هو الالتزام للقيام أو للكامل الذى يشتمل على عنصرين :
العنصر الأول ويطلق عليه عنصر المديونية ، *devoir* أما للعنصر
الثانى فهو عنصر المسؤولية *engagement* .

ويراد بالمديونية ، أن ثمة واجبا على الدين بالوفاء ، أما المسؤولية
فمؤداهما أنه يمكن للدائن قهر الدين على الوفاء لذا امتنع عن الوفاء لاختيارا .
والارتباط بين العنصرين لارتباط الوسيلة بالغاية(١) . فإذا امتنع الدين - في
نطاق العنصر الأول - عن الوفاء تحرك عنصر المسؤولية لجبره على ذلك .
اذ الأصل تولف العنصرين في الالتزام . فيقال ان الالتزام معنى لكى ليس ثمة
ما يمنع من توافر عنصر المديونية دون المسؤولية . فالأول هو الأساس والثانى
لا يعمر كونه وسيلة لضمانه . ويتقرب على ذلك لأن تصور وجود الالتزام
بعنصر المديونية دون عنصر المسؤولية وفي هذه الحالة يكون الالتزام ناقصا
ويطلق عليه الالتزام الطبيعي . لكن لا يتصور وجود عنصر المسؤولية دون
عنصر المديونية أى مع تخلف الأخير - ابتداء - وبصورة مستمرة .

وفي ضوء المعنى المتقدم ، يمد الالتزام معنيا اذا نشأ كذلك منذ البداية
أو كان للالتزام طبيعيا وتمهد الدين بالوفاء به فصار بناء على هذا التمهيد
للتزاما معنيا(٢) .

وإذا كان هذا هو مقصود الالتزام المعنى فما هى شروط تنفيذه تنفيذًا
عينيا وكيف يتم ذلك ؟ وما هو موقف الفقه الاسلامي من فكرة التنفيذ
العيني ؟

نوضح ذلك في ثلاثة مطالب :

- المطلب الأول : شروط تنفيذ الالتزام المعنى تنفيذًا عينيا إجريا .
- المطلب الثانى : للتنفيذ المعنى في الفقه الاسلامي .
- المطلب الثالث : كيفية وقوع التنفيذ المعنى الجبرى .

(٢) المنهوى ، الوسيط ، الجزء الثانى ، مشار إليه من قبل ، رقم ٣٨٧ ، ص ٧٢٥
انور سلطان الوجز في النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، لحكم الالتزام ، الاسكندرية ،
١٩٦٤ - ١٩٦٥ ، ج ٢ رقم ١٣٨ ، ص ١١٦ .
(٣) محمد ابيوب شنب ، دروس في نظرية الالتزام ، ١٩٧٥ ، لحكم الالتزام رقم ٢٠٨ .
ص ١٩١ .

الطلب الأول

شروط تنفيذ الالتزام الدني تنفيذاً عينياً جبرياً

٤ - ان النطاق الحقيقي للتنفيذ للمعنى الجبري - وهذا بدني - يتحدد بحالة امتناع الدين عن التنفيذ الاختياري للالتزام معنى .

وقد نصت على ذلك صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٨٠ من القانون المعنى للكويتي الجديد إذ قالت : « اذا لم ينفذ الدين الالتزام باختياره نفذ جبراً عليه » ، وأضافت في فقرتها الثانية أنه « اذا كان الالتزام طبيعياً فلا جبر في تنفيذه » (١) - (م ١٩٩٠ معنى مصري) .

ومن المعين حتى يمكن للدائن أن يلجأ الى هذا التنفيذ توافر الشروط الآتية :

٥ - للشرط الأول : أن يكون هناك سند تنفيذي بيد الدائن :

وتستند في وجود هذا الشرط الى المادة ١٩٠ من قانون المرافعات الكويتي الجديد وقد نصت على أنه « لا يجوز للتنفيذ الجبري الا بسند تنفيذي » ، والمعنى للواضح لذلك ، أنه يتمين حتى يمكن للدائن أن يجبر الدين على تنفيذ التزامه عيناً أن يكون بيده سند تنفيذي يثبت حقه . والسندات التنفيذية كما تقضى تولد التنفيذ عبارة عن الأحكام القضائية والحروث الرسمية . أو هي ، وعلى حد تعبير للنص السابق ، الأحكام والأوامر والمحروثات الموثقة ومحاضر الصلح التي تصدق عليها المحكم والأوراق الأخرى التي يعطيها للقانون هذه الصفة (٢) .

(٤) راجع في هذه الشروط : المنهوي ، الوسيط ، الجزء الثاني ، مشار إليه من قبل ، ص ٧٥٩ ، رقم ٤٠٧ وما يمدحها .
وراجع في الفقه الفرنسي :

Marty et Ranaud : op. cit., n. 651-654, P. 676-677.

(٥) وقد صدر قانون المرافعات الكويتي الجديد ، بالمرسوم بقانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠ ، في ١٩٨٠/٨/٤ .

ويلاحظ ان عبارة المحروثات الموثقة في المادة ١٩٠ استبدلت بعبارة الأوراق الرسمية في المادة ٢٦٧ من قانون المرافعات القديم في الكويت .

وراجع ، للفكرة الايضاحية لقانون المرافعات الجديد في الكويت ، مكتب وزير الدولة للشئون القانونية والادارية - لجان تطوير التشريعات - مطبعة منهوي . ص ٢٩٨ .

والأصل أنه إذا كان حق الدائن ثابتاً بمقتضى محرر رسمي كان له أن ينفذ بواسطته . والمحرر الرسمي عبارة عن ورقة يحرمها موظف عام مختص بذلك يطلق عليه الموثق أو كاتب السجل ويثبت فيها بيانات معينة .

أما إذا كان حق الدائن ثابتاً في محرر عرقي أي في ورقة لم يحرمها الموظف العام المختص ولكن قام الأفراد بتحريرها ووقعوا عليها فإن هذا الدائن لا يمكنه جبر الدين على التنفيذ العيني بواسطتها إذ يتعين عليه استصدار حكم من القاضي بثبوت حقه . فإذا صدر الحكم كان سنداً تنفيذياً ما دام قد صار نهائياً بمنأى عن الطعن . ويلاحظ أن هذه الحالة تختلف عن سابقتها وقد ثبت فيها حق الدائن بمحرر رسمي . إذ المحرر الرسمي عبارة عن سند تنفيذي ولا يحتاج الدائن معه إلى استصدار حكم من القاضي لكي يجبر الدين على التنفيذ العيني .

٦ - للشرط الثاني : وجوب قيام الدائن بإعذار المدين :

يتعين على الدائن ، وقبل لجوئه إلى التنفيذ الجبري ، أن يقوم بإعذار المدين . ونقصد بإعذار أن يجعل الدائن المدين في حالة تأخر عن تنفيذ التزامه ويكون بدعوة الأول للثاني إلى اللجوء مختاراً ، فإذا لم يف كان اللجوء إلى التنفيذ الجبري . وقد نصت على هذا للشرط المادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي الصحيح إذ قالت في فقرتها الأولى : يجبر المدين ، بعد إعذاره ، على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً ٠٠ (١) .

ويكون إعذار المدين بإندازه أو بما يقوم مقام الإنذار . والإنذار عبارة عن ورقة رسمية تملن للمدين متضمنة الدعوة إلى تنفيذ التزامه . وإذا تم ذلك كان الدليل على تخلفه عن تنفيذ التزامه تنفيذاً اختيارياً مما يحق معه للدائن أن يلجأ إلى إجباره على التنفيذ .

٧ - للشرط الثالث : أن يكون التنفيذ العيني ممكناً للمدين دون إرهاق :

والشرط على هذا النحو ذو شقين :

ومؤدى للشق الأول ، أنه لكي يلجأ الدائن إلى التنفيذ العيني الجبري ، يجب عليه أن يراعى إمكان قيام الدين به . فلو ثبت أن تنفيذ الالتزام عينياً أي

(١) يقابل نص الفقرة الأولى من المادة ٢٠٢ من القانون المدني المصري .

بذلك امر غير ممكن ويستحيل على الدين أن يقوم به لما صح للتجوء الى التنفيذ العيني ولو كانت الاستحالة ترجع الى خطأ الدين . وعلّة ذلك ترجع في نظرنا الى عدم امكانية المطالبة بالالتزم ثبت استحالة تنفيذه .

وقد تناولت هذا الشرط في سقته الأول للفقرة الأولى من النص السابق ذكره إذ قلت : « يجبر الدين .. على تنفيذ التزمه تنفيذا عينيا ، متى كان ذلك ممكنا » .

وتطبيقا لذلك ، فإنه اذا التزم الدين في مواجهة الدائن بتسليم شيء معين بالذات ولكن هلك الشيء بعد نشوء الالتزام بتسليمه على عاتق هذا الدين ، كان التنفيذ العيني لهذا الالتزام ضريبا من الاستحالة (٧) .

ومؤدى الشق الثاني ، أنه لا يكفي أن يكون التنفيذ للعيني ممكنا للمدين ، بل يتعين سقوط ذلك الا يكون مرعقا له وان كان ممكنا . ويكون التنفيذ للعيني مرعقا للمدين اذا كان يصيبه من ورثته ضرر فادح . وقد تصدت لذلك المادة ٢٨٤ من القانون المدني للكويش الجديد في فقرتها الثانية بقولها « ومع ذلك اذا كان في التنفيذ العيني لرهاق للمدين ، جاز للمحكمة بناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما » . والمعنى الواضح لذلك أنه اذا كان التنفيذ للعيني للالتزام فيه لرهاق للمدين على المعنى المتقدم لذلك ، يجوز للمحكمة وبناء على طلبه أن تقصر حق الدائن على تعويض . اضافة الى ذلك ، فإنه يستفاد من النص أن المشرع ، وقد اخذ في الاعتبار مصلحة الدين بعدم اجباره على التنفيذ للعيني اذا كان مرعقا ، لم يهمل مصلحة الدائن أيضا . إذ اشترط لعدم اجبار الدين على التنفيذ العيني ومن ثم قصر التزامه على أداء تعويض الا يلحق الدائن من جراء ذلك ضرر جسيم . وعلى ذلك اذا طلب الدائن باجبار الدين على التنفيذ للعيني وطلب الدين من المحكمة أن تقصر التزامه ومن ثم حق الدائن على تعويض يدعوى أن التنفيذ العيني مرعق له ، وجب على القاضي أن يوازن - وقبل الحكم - بين ما يصيب الدين من ضرر من وراء اجباره على التنفيذ العيني من جهة وما قد يلحق الدائن من ضرر من جراء الاقتصر على الحكم له بتعويض من جهة أخرى . فإن رجع للمقد الذي يصيب الدين رجحانا كبيرا على ما

(٧) وليس امام الدائن في هذه الحالة الا المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض اذا كان الهلاك خطأ الدين ، الا اذا كان الهلاك بسبب اجنبى ، انقضى الالتزام بالتسليم ولا يمكن تنفيذه لا عينيا ولا عن طريق التعويض .

ولجس في هذا المعنى : محمد لبيب شغب ، المرجع السابق ، رقم ٢٠٩ ، ص ١٩٢ .

قد يلحق للدائن منه عدل للقاضي عن الحكم بالتنفيذ العيني ولتقتصر على الزلم المدين بالتعويض . أما إذا كان للضرر الذي يصيب الدين يساوى أو لا يزيد كثيرا عما قد يلحق للدائن منه أو كان للضرر الذي لحق للدائن يرجح للضرر الذي يصيب المدين حكم للقاضي بالقاعدة الأصلية وتقضى بموجب التنفيذ العيني للجبرى .

ولا يفوتنا أن نشير إلى النص المقابل من القانون المدني المصري نظرا لاختلاف أحكامه على ما يبدو لنا فقد نصت المادة ٢/٢٠٢ على ما يأتي : « على أنه إذا كان في للتنفيذ العيني لرقاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما » .

وبالمقارنة بين هذا النص وما تضمنته المادة ٢/٢٨٤ من القانون المدني الكويتي نجد اختلافا بينهما في الصياغة أدى إلى اختلاف في الحكم . ويظهر الوجه الأول للاختلاف إذا لاحظنا أنه في حالة ما إذا كان التنفيذ العيني مرققا للمدين نجد النص المصري وقد استخدم عبارة « جاز له » أي للمدين أن يقتصر على دفع تعويض . ونرى أن صياغة النص الكويتي أكثر انضباطا . فالنص المصري بصيغته ، يحمل على الاعتقاد بأن المشرع قد جعل الأمر جوازا للمدين مع أن للمحكمة دورا ، بينما جعله النص الكويتي للمحكمة بناء على طلب المدين حين قال : « جاز للمحكمة بناء على طلبه (أي المدين) أن تقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض » .

ويظهر الوجه الثاني للاختلاف إذا أدركنا أن النص المصري قد تكلم عن « تعويض نقدي » يقصر المدين للإقامة عليه . بينما النص الكويتي قد تكلم عن مجرد « تعويض » تقصر المحكمة حق الدائن عليه . والمعنى للواضح لذلك أن المدين المرحق من للتنفيذ العيني يؤدي - حسب النص المصري وكلمة تعويض جاءت فيه مخصصة - تمويضا للدائن يجب أن يكون نقديا . بينما يؤدي - بموجب النص الكويتي - تمويضا عينيا أو نقديا . نظرا لأن كلمة تعويض وردت فيه دون تخصيص . وأكثر من ذلك قد يرى القاضي أن يستجيب لطلب المدين بالتعويض العيني خاصة إذا لم يعترض على ذلك الدائن كما لو كان محل الالتزام تسليم أشياء من نوع معين بأوصاف محددة وتبين أن الحصول عليها يرهق المدين ، ويمكن أن يسلم أشياء أخرى تؤدي للدائن نفس الضرر أو على وجه قريب دون أن يلحقه من ذلك ضرر جسيم(٨) .

(٨) راجع الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي الجديد .

وعلى أية حال ، يجدر بنا أن ننبه أخيرا إلى أن تحديد ما إذا كان التنفيذ العيني موحدا للمدين إنما يعد مسألة موضوعية تتوقف على ظروف الحال^(٩) . وتطبيقا لذلك فانه إذا التزم المشتري قطعة أرض في مواجهة البائع بالا يقيم عليها مبان تجاوز ارتفاعا معينا ، وخالف المشتري ذلك ، وجه البائع وطلب محسم المبانى الزائدة عن الارتفاع المقرر . ولكن وجد أن في اللحوم لروافعا للمدين لانه يضيع عليه ما أنفقه اضافة إلى كونه يكبد مصروفات أخرى لهذا اللحوم . يمكن للقاضي أن يقصر حق الدائن على تعويض نقدي بناء على طلب المدين (المشتري) بشرط ألا يسبب ذلك للبائع اضرارا جسيمة . اما إذا كان اللحوم يؤدي إلى هذه الاضرار للبائع ، كما لو منعه من الارتفاع بمقدار آخر يملكه قيمته تفوق قيمة المباني المطلوب مدها ، حكم القاضي باللحوم^(١٠) .

٨ - الشرط الرابع - ألا يكون في التنفيذ العيني مساس بحرية الدين الشخصية :

من المسلم به دون نص انه لا يجوز إجبار المدين على التنفيذ العيني إذا كان هذا التنفيذ يستوجب تدخله شخصيا ، إذ لو اجبر على التنفيذ بالرغم من ذلك لكان معناه المساس بحريته الشخصية . ويحدث ذلك إذا كان الالتزام المدين يتمثل في القيام بعمل لا يمكن أن يقوم به غيره . مثال ذلك التزام فنان بالغناء في حفل أو بالتمثيل على المسرح .

٩ - مشروع تقنين لحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر والتنفيذ العيني الجبري :

أولا - رسمت للفقرة الاولى من المادة ٢١٠ من المشروع ، النطاق الحقيقي للتنفيذ العيني الجبري ، ويتحدد بامتناع الدين عن التنفيذ الاختياري للالتزام معنى ، إذ قالت : « ينفذ الالتزام جبرا على الدين » وازافت هذه المادة المقترحة في فقرتها الثانية « ومع ذلك إذا كان الالتزام طبيعيا فلا جبر في تنفيذه » .

وولضح أن نص هذه المادة يولج في فقرته الاولى - وبالتقريب مع نص للفقرة الثانية منه - التنفيذ العيني للجبري للالتزام الكامل الذى يتوافر فيه عنصر المديونية وعنصر المسئولية ويقال له الالتزام الذاتى .

(٩) محمد لطبيب شنب ، المرجع السابق ، ص ١٩٤ .

(١٠) راجع حكم المادة ١٠١٨ من القانون المحلى المصرى .

ونص المادة ٢١٠ من المشروع يطابق المادة ١٩٩ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق ايضا المادة ٢٨٠ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لحكمهما من قبل .

ثانيا - وعن شروط التنفيذ المعنى للجبرى للائزالم المعنى ، فقد استوجبت الفقرة الاولى من المادة ٢١٧ من المشروع قيام الدائن باعذار الدين . ويجرى نصها على النحو التالي : « يجبر الدين بعد اعذاره على تنفيذ التزامه » . تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ، . وواضح أن النص يشترط الاعذار لاضافة الى كون للتنفيذ المعنى ممكنا . والنص على هذا النحو يطابق نص للفقرة الاولى من المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق الفقرة الاولى من المادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لحكمهما من قبل .

اضافة الى ما تقدم ، اشترطت الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ من المشروع الا يكون التنفيذ المعنى مرمقا للمدين رغم امكانه ونصها كالاتي : « على انه اذا كان في التنفيذ المعنى لرماق للمدين جاز للقاضي بناء على طلب الدين ان يقصر حق الدائن على اقتضاء تعويض اذا كان ذلك لا يلحق به ضررا جسيما » .

والنص على هذا النحو يطابق الفقرة الثانية من المادة ٢٨٤ من القانون المدني الكويتي وقد سبق شرحها . ويختلفان عن الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري الحالي . وقد ابرزنا الاختلاف من قبل ونحن نقارن للنص الكويتي (٢/٢٨٤) مع نص القانون المدني المصري الحالي (٢/٢٠٣) .

الطلب الثاني

التنفيذ العيني في الفقه الاسلامي

١٠ - ذكرنا ان التنفيذ العيني ينصب - في القانون الوضعي - على ذات الالتزام والى هذا خُص فقهاء الشريعة الاسلامية قاعدة وتطبيقاً . اما القاعدة فقد نصت عليها المادة ١٥٣ من مجلة الاحكام المحلية بقولها « اذا بطل الاصل يصار الى البديل » والمعنى الواضح لذلك انه يجب في الالتزامات الوفاء بالاصل ما دام ممكناً ، ومن ثم لا يجوز الوفاء بالبديل الا اذا تعذر الوفاء بالاصل وهو المعنى المتصوود بالتنفيذ العيني (١١) . اما تطبيقها فنجدّه في احكام الغصب .

ومن هذه الاحكام عند الاحناف ، ما ورد في حاشية رد المحتار لابن عابدين ، ونجّزى منه ما يلي : (ويجب رد عين المصوب في مكان غصبه ويبرأ بردها ولو بغير علم المالك لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » (١٢) ومعنى ذلك انه يتعين على الغاصب وهو ملتزم برد المصوب ان ينفذ للتملّك عيناً . وهو ما اخذت به المادة ٨٩٠ من مجلة الاحكام المحلية ونصت على انه « يلزم رد المصوب عيناً » .

وعند المالكية ، جاء في باب الغصب من كتاب قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ما يأتى : « ففيما يجب على الغاصب حقان : ثانيهما وهو حق المصوب منه اذ يجب ان يرد اليه ما غصبه فلو كان المصوب قافلاً رد بعينه اليه وان كان قد فات رد اليه مثله او قيعته (١٣) » .

(١١) راجع في هذا المعنى : صبحي مصصاني ، النظرية العامة للمرجعات والمخسود في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٧٢ ، ج ١ ، ص ١٥٨ - ١٦٠ ، ج ٢ ، ص ٥٠٥ - ٥٠٧ .

(١٢) حاشية رد المحتار لخاتمة المحققين محمد أمين الشهور بابن عابدين . على الدر المختار : شرح تفسير الأبحار . ويليّه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ ، دار الفكر ، بيروت ، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م ، الجزء السادس ، ص ١٨٢ .

(١٣) قوانين الاحكام الشرعية ومساائل الفروع الفقهية ، محمد بن أحمد بن جزى القرطبي المالكى ، طبعة سنة ١٩٧٩ ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ص ٢٥٨ .

وواضح أن هذا النص للفقه يؤكد ما ذهب إليه الاحناف من وجوب تنفيذ الغاصب للالتزامه برد المصوب تنفيذا عينا ما دام هذا المصوب قائما .

وعند الحنابلة ، تضمنت المادة ١٣٧٨ التي وردت في باب للنصب من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل^(١٤) ، هذا التطبيق أيضا ويجرى نصها على النحو التالي : « يجب على الغاصب رد المصوب نالكة في المحل الذي غصب فيه أن فسد عليه ولا يجبر على قبول عوضه ولو بذل الغاصب أكثر من قيمته » وعلى هذا المعنى كان تركيز المادة ١٣٨٤ من مجلة الزكوة ونصها كالآتي : « لا يقبل من الغاصب رد قيمة المصوب إلا إذا تعذر رده عينا »^(١٥) .

ويتضح لنا مما تقدم أنه يجب على المدين أن يؤدي عين ما للترم به فالتنفيذ العيني للالتزام هو الأصل في الشريعة الإسلامية شريطة أن يكون ممكنا .

١١ - والخلاصة : أن القائلون المدني لا يختلف في أحكامه بخصوص التنفيذ العيني للالتزام عن الفقه الإسلامي . فالمدن فيها يتعين عليه أن ينفذ التزامه عينا . وهذا يفترض بطبيعة الحال أن يكون ذلك للتنفيذ ممكنا . على أن الامكان - فيها - لا يكفي وحده ، بل يجب علاوة عليه ألا يكون تنفيذ الالتزام بعينه مرهقا للمدين . وقد اتضح لنا ذلك بالنسبة للقانون المدني ونحن نعرض لشروط التنفيذ العيني فيه . ولا نعدم الدليل عليه أيضا في نطاق الفقه الإسلامي . والدليل عبارة عن حكم تضمنته المادة ١٣٨٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ويجري نصها على النحو التالي :

(١٤) كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، للشيخ أحمد بن عبد الله القاري . دراسة وتحقيق عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان ، محمد إبراهيم أحمد على . مطبوعات مؤسسة تهامة بالملكة العربية السعودية ، الطبعة الأولى ، ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م .

(١٥) وقد ورد التطبيق في فقه الشافعية أيضا . جاء في المذهب « فإن كان المصوب باقيا لزم رده لأنه لا حق للمصوب منه في القيمة مع بقاء العين » . المذهب لأبي إسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي التتري ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٣٧١ هـ - ١٩٥٩ م ، الجزء الأول ، ص ٣٧٤ .

• لذا تلف المصوب أو اتلف ضمن الفاصب بمثله إذا كان مثليا فإن
تمسخر المثل لعدمه أو بعده أو غلائه وجبت قيمته وقت التمسخر ، •

ولذا كان لنا أن نستخلص من النص ، فإن للحكم فيه يخص ضمان
الفاصب للمصوب حال تلفه أو اتلاته • ومضمون الحكم أنه لو كان المصوب
مثليا ، للتمزم الفاصب برد مثله ، وهذا هو الأصل • إلا أن النص قد
خرج على هذا الأصل ، لذا تمسخر على الفاصب رد المثل لانه بعيد لو
غال ، وأوجب عليه القيمة وقت التمسخر • ويكون النص بذلك قد رأى في
بعد المثل وغلائه ارجعنا للفاصب وهو مدين برده عند التمسخر ، فاعفاء منه
على الرغم من أن تنفيذه ممكنا وليس مستحيلا •

المطلب الثالث

كيفية وقوع التنفيذ العيني الجبرى

١٢ - إذا انفتح الباب امام الدائن للتنفيذ العيني الجبرى نظرا لامتناع المدين عن التنفيذ الاختيارى ، فان هذا الدائن لما ان ينفذ بحقه مباشرة ولما ان يستخدم فى التنفيذ وسائل غير مباشرة * وعلى هذا . يمكن القول ان التنفيذ العيني الجبرى يتخذ - فيما يتعلق ببيان كيفية وقوعه - صورة من اثنتين (١٦) *

الاولى : وفيها يكون التنفيذ العيني مباشرا *

الثانية : وفيها يكون التنفيذ العيني غير مباشر *

ونخصص لكل منهما فرعا مستقلا *

(١٦) راجع فى هذا التقسيم :

MARTY et RANAUD : op. cit., : n. 658 P. 680.

الفرع الاول

التنفيذ للعيني المباشر

١٣ - يراد بالتنفيذ المباشر الطريق الذي به يتم التنفيذ الجبري للالتزام ليس محله ميعلا نقديا وفيه يتم التنفيذ العيني بحدّة طرق مباشرة تختلف تبعا لاختلاف طبيعة الالتزام محل التنفيذ . وتختلف صور الالتزام في هذا الصدد تبعا لاختلاف طبيعته (١٧) . فهناك الالتزام بنقل حق عيني والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع عن عمل . ونعرض لبيان كيف يكون التنفيذ في هذه الصور على التوالي وهو نفس الترتيب الذي تتبعه المشرع المدني الكويتي .

١٤ - اولا - الالتزام بنقل حق عيني : obligation de donner

قد يلتزم المدين بنقل حق عيني . والحق العيني قد يكون حق ملكية او اى حق عيني آخر وقد تصدق المشرع المدني الكويتي لكيفية تنفيذ هذا الالتزام عينا في المادة ٢٨٥ اذ قال : « اذا كان محل الالتزام نقل حق عيني على شيء معين بنوعه ، ولم يقم المدين بافراز شيء من الفروع ذاته مملوك له ، جاز للدائن ان يحصل على شيء من هذا النوع على نفقة المدين بعد اذن القاضي او دون اذنه في حالة الاستمجال . كما يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء دون لخلال في الحالتين بحقه في التعويض اذا كان له مقتضى » (١٨) .

ويتضح لنا من النص انه اذا التزم المدين بنقل حق عيني على شيء معين بالنوع فان الاصل ان يقوم بتنفيذ هذا الالتزام اختياريا وذلك بالافراز . ويكون الافراز بوضع علامة على الشيء تميزه عن غيره . كما اذا كان الشيء من المقولات التي تتمتع بالنوع والمقدار فقط . كشراب ماء ارجب من تمع في مخزن ، حيث يكون افرازها بوضع علامة تميز للتمتع بالساع

CARBONIER (J.) : Droit civil, t. 4, Les obligation,
Paris, 1965, n. 4, p. 18-19

(١٨) ولرجع للمادة ٢٨٩ من قانون المرافعات الكويتي للمزيد بخصوص التنفيذ المباشر
بتسليم منقول . والمادة ٢٩١ بخصوص التنفيذ المباشر للالتزام بعمل او امتناع .

عن غيره من انقمح . ولذا تم ذلك لنقل الحق العيني عليها من وقت الامتياز لان بالافتراض يصير الشيء معينا بالذات . اما اذا لم يتم الدين بالافتراض كمال الدائن ان يلجأ الى التنفيذ للعيني للجبري المباشر . ووسيلته في ذلك ان يحصل على شيء من هذا النوع على نفقة المدين . ولكنه يتقيد في ذلك بالحصول على إذن القاضي في الظروف العادية لكنه يتحرر من هذا القيد في حالة الاستعجال . وعلى ذلك ، فانه يجوز للدائن في المثال المتقدم ان يحصل على قدر مماثل للقمح الذي لم يقمعه المدين ، بشرائه على نفقة الأخير الذي يلتزم بالثمن ولو كان يزيد عن السعر الذي للقمح للبيع بمقتضاه . ولكن ذلك مشروط بحصوله على إذن لقاضي قبل الشراء . اما في حالة الاستعجال كما لو كان الشيء المراد الحصول عليه أغذية لمريض في مستشفى أو أدوية لهم فان الدائن في سعيه للحصول عليها على نفقة المدين يعني من الإذن المذكور . وتقدير في ضوء ما تقدم ، انه اذا حققنا النظر في نص المادة ٢٨٥ وجنناه يعالج لتنفيذ العيني للالتزام بنقل حق عيني في إطار فرض واحد يكون محل هذا الالتزام فيه شيئا معينا بالنوع . ومن هنا يمكننا القول بان المشرع المدني الكويتي يكون قد سلك بذلك مسلكا مخالفا لما درجت عليه التقنيات الحديثة في هذا الصدد وبصفة خاصة التقنين المدني المصري . ذلك ان التقنين الأخير قد تصدى لكيفية التنفيذ للعيني للالتزام بنقل الحق العيني في فرضين : الأول وفيه يكون محل الالتزام شيئا معينا بالذات ، أما الثاني فإن محل الالتزام فيه يكون شيئا معينا بالنوع . وتناول الفرض الأول في المادة ٢٠٤ منه وتنص على أن « الالتزام بنقل ملكية أو حق عيني آخر ينصل من تلقاء نفسه هذا للحق . اذا كان محل الالتزام شيئا معينا بالذات يملكه المتزوم وذلك دون لخلال بالتواعد المتوقعة بالتسجيل » .

وقد استبعد المشرع المدني الكويتي هذا الفرض وعلّة الاستبعاد أنه لا يوجد في الفرض الذي تناوله النص السابق أي التزام في حقيقة الأمر . ولنا ينقل الحق بقوة للقانون كآثر مباشر للسبب الذي من شأنه ان ينقل الحق^(١٩) . ولذلك اقتصر على الالتزام بنقل حق عيني وكيفية

(١٩) ولجس الفكرة الاصلية للقانون المدني الكويتي الجديد . الكويت اليوم للمد
١٣٢٥ ، ١٩٨١/١/٥ . السنة السابعة والخمسون ، ص ١٧٥ .

تنفيذه عينا اذا كان للشيء، معينا بأنواع وذلك في المادة ٢٨٥ المذكورة من قبل ،
وهي تعادل نص المادة ٢٠٥ من القانون المدني المصري .

Obligation de faire

١٥ - تفهيم : الالتزام بعمل :

قد يلتزم المدين بالقيام بعمل ، والمقصود هنا للعمل الإيجابي .
مثل ذلك للالتزام بالتسليم وبالحفاظة على الشيء ، وكل منهما يتفرع عن
الالتزام بنقل الحق للميني (م ٢٨٦ مدني كويتي) . وقد نصت الفقرة
الأولى من المادة ٢٨٨ من القانون المدني الكويتي على أنه : في الالتزام بعمل ،
اذا لم يتم بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يطلب ترخيصا من القضاء في
تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا للتنفيذ ممكنا ، (م ٢٠٩/١
مدني مصري) .

والمنعى الواضح لذلك ، أنه اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بالقيام
بعمل ، فان الدائن يمكنه أن يلجأ الى إجباره على التنفيذ العيني ، ووسيلته
في ذلك هي تنفيذ الالتزام على نفقة المدين . ولكن ذلك يفترض بالضرورة
أن يكون للتنفيذ بهذه الوسيلة ممكنا على حد تعبير النص السابق . والامكان
يعنى في نظرنا الا يكون العمل الذي للتعزم المدين بالقيام به أصلا وامتاز عنه
يستوجب تدخل المدين شخصا في القيام به . أي يكون من الأعمال التي
يمكن أن يقوم بها شخص آخر غير المدين . اذ في هذه الحالة فقط يكون
للتنفيذ للعيني بالوسيلة السابقة ممكنا حيث يمكن أن يقوم الدائن بالتنفيذ
على نفقة المدين . وعلى ذلك فاذا كان للقيام بالعمل يتطلب دخلا شخصا
من المدين في القيام به فان للتنفيذ العيني بالوسيلة المذكورة يكون غير ممكن
وليس امام الدائن سوى اللجوء الى التنفيذ الجبري بوسيلة غير مباشرة
تتمثل في القرعة التهديدية على ما سنرى فيما بعد .

ولذا كان للتنفيذ ممكنا على المنعى التقسم للامكان ، فانه يتعين على
الدائن وهو بمسبيل اللجوء اليه أن يحصل على ترخيص من القضاة . ولكن
بجواز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين دون هذا
لترخيص (م ٢٨٨٠ / مدني كويتي - م ٢٠٩/٢ مدني مصري) .

١٦ - وتطبيقا لكل ما تقدم :

(أ) غامه اذا التزم مقاول بإقامة بناء ولم يف بما التزم به كان الدائن أن يلجأ الى إجباره على للتنفيذ العيني وذلك بقيامه بتنفيذ هذا الالتزام على نفقة الدين ، ما دلم تنفيذا الالتزام لا يستوجب تدخل الدين شخصا . ويكون ذلك بأن يعهد الدائن بإقامة المبنى الى مقاول آخر ويتحمل الدين للنفقات ولو كانت اكبر . كل ذلك يستلزم حصول الدائن على ترخيص مسبق من القضاء .

(ب) أما اذا التزم الدين بالقيام بعمل يستوجب تدخله شخصا لما جار للتنفيذ العيني بالوسيلة السابقة ، وليس امام الدائن الا طريق للفرملة للتهديدية كما لو كان محل الالتزام بالعسل نسلهم شىء ، لا يعلم مكانه الا الدين بالتسليم .

(ج) ويلاحظ ان الدائن في قيامه بالتنفيذ على نفقة الدين يمكن أن يتحذر من وجوب ان حصول مسبقا على ترخيص من القضاء في حاله الاستعجال . كما لو أخل المؤجر بالتزلمه بإجراء الاصلاحات ولتزميمات الضرورية . جاز للمستأجر أن يقوم بهذه الاصلاحات بنفسه ودون ترخيص من القضاء اذا كان هناك استعجال بحيث لا تحتل الإبطاء .

ويلاحظ انه في بعض حالات الالتزام بالقيام بعمل قد تسمح طبيعة الالتزام بأن يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ . وقد تناول المشرع المدني الكويتى هذه الصورة من صور التنفيذ العيني في المادة ٢٨٩ اذ قال : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » (١) . كما لو امتنع البائع عن تنفيذ التزامه بالتصديق على امضائه في عقد تبيع امام الموثق تمهيدا للتسجيل . فلا يكون امام الدائن الا اللجوء الى المحكمة وإقامة دعوى صحة التعاقد على البائع . ومتى أصدر القاضى حكمه بصحة التعاقد كان الحكم كافيا لنقل الملكية بعد تسجيله ومن ثم يستغنى عن توقيع البائع .

(٢٠) يطابق نص المادة ٢١٠ من القانون المدني المصري . ويطلق النص الكويتى ونص القانون المدني المصري الحالي في مصر ، نص المادة ٢٢٥ من مشروع تنفيذ احكام التشريعة الاسلامية في المعاملات المالية ونصها كالاتى : « يقوم حكم القاضى مقام التنفيذ اذا سمحت بهذا طبيعة الالتزام » .

١٧ - ثلثا : الالتزام بالامتناع عن عمل : Obligation de ne pas faire

ويطلق عليه العمل السلبي ، ويقصد به الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل كان من حق الدين أن يقوم به لولا وجود الالتزام . فإذا كان التزم الدين من هذه الطبيعة وأخل به لانه قام بالعمل الممنوع عليه أن يقوم به حيث تحوى التزامه بالامتناع ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفا للالتزام ، وله أن يطلب من القضاء ترخيصا في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة الدين مع عدم الإخلال بحقه في التعويض ، (م . ٢٩١ مدني كويتي - م . ٢١٢ مدني مصري) .

وتطبيقا لذلك ، فإنه إذا التزم شخص قبل آخر بمسح فتح محل تجاري من نوع معين في مكان معين وهو ما يطلق عليه الالتزام بالامتناع عن المنافسة وهو صورة للالتزام بالامتناع عن عمل ، جاز للدائن إذا أخل المدين بالتزامه أن يطلب من المحكمة الحكم بالإزالة وتتمثل إما في غلق المحل أو في حسم البناء الذي أقيم على خلاف الالتزام ، والدائن أيضا أن يطلب ترخيصا من القضاء في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة الدين مع عدم الإخلال بحقه في التعويض . ويلاحظ أن المقصود بالإزالة هنا مجرد الإزالة المادية إذا كانت ممكنة بطبيعة الحال . ونود أن ننبه في هذا الصدد إلى أن حصول الدائن على ترخيص من القضاء وهو بمسح الترخيص بالقيام بالإزالة على نفقة الدين هو أمر ضروري ولو كان هناك لستمجال . بخلاف ما إذا كان للدائن ينفذ التزام الدين بالقيام بعمل وعلى نفقته . وعلة اختلاف الحكم أنه في حالة الإخلال بالالتزام بالامتناع عن عمل لا يمكن إزالة المخالفة غالبا إلا بالاتجاه إلى شيء من العنف ولذلك كان تطلب ترخيص القضاء لازما في جميع الحالات^(٢١) وقد يحدث أن يكون الحكم بالإزالة - على الوجه المتقدم - غير كاف لتعويض ما لحق للدائن من ضرر ، وفي هذه الحالة ليس ثمة ما يمنع من أن يضاف إليه تعويض نقدي . فلو أحدث الجار بجاره ضررا فاحشا بإقامة حائط يمسد عليه منافذ النور والهواء ، فإنه يجوز للدائن أن يطلب - إضافة إلى الإزالة كتعويض عيني - تعويضا نقديا . إذ قد تبدو الإزالة غير كافية والغالب أن الجار يلحقه ضرر من قيام الحائط لمدة^(٢٢) . كان فيها قائما^(٢٣) .

(٢١) ولجس ، المسهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ١٩٨ ، رقم ٤٠ - محمد فليب شغب ،

المرجع السابق ، رقم ٢١٥ ، ص ٢٠٠ .

(٢٢) ويلاحظ أنه ولئن تضمن الترتيب الذي التصى أحكاما تخص مشاير الجوار غير

المالوكة في المادة ٨٠٧ منه ، فإن الشرع ألغى الكوئى قد حرص في الترتيب للجدد هناك على تجنب ذلك لكتفاء بالنص العام على عدم جواز التصرف في استعمال الحق في المادة

٣٠ منه .

١٨ - مشروع تقنين احكام التشريعة الاسلحية في العمليات السالفة في مصر وللتنفيذ للعيني المباشر :

أولاً : تناول المشروع كيفية للتنفيذ للعيني المباشر للالتزام في عدة صور
تختلف تبعاً لمحل هذا الالتزام .

فنجسد المشروع يتكلم عن التنفيذ للعيني للالتزام بنقل حق عيني
على شيء معين بالذات في المادة ٢١٨ ونصها كالآتي : « الالتزام بنقل ملكية
أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل
الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد
المنظمة بالتسجيل » .

ولنص يطابق المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري الحالي ، وكلاهما
ليس له مقابل في القانون المدني الكويتي فقد أشرنا من قبل إلى أن المشرع
المدني الكويتي قد استبعد من نصوصه صورة للتنفيذ للعيني المباشر
للالتزام بنقل حق عيني على شيء معين بالذات . وعلة الاستبعاد تتمثل
- على ما ذكرنا من قبل - في أنه لا يوجد في الفرض الذي تناوله نص المادة
٢١٨ من المشروع ونص المادة ٢٠٤ من القانون المدني المصري الحالي أي للقيام
في حقيقة الأمر واتماً ينتقل للحق بقوة القانون كائن مباشر للمسبب الذي
من شأنه أن ينقل للحق .

ثانياً : إضافة إلى الصورة السابقة ، تناول المشروع صورة أخرى للتنفيذ
العيني المباشر وتتعلق بالالتزام بنقل حق عيني على شيء معين بالأنواع
وضمنها المادة ٢١٩ ونصها كالآتي :

١ - إذا ورد للقيام بنقل حق عيني على شيء لم يمين إلا بنوعه ،
فلا ينتقل الحق إلا بانقراض هذا الشيء .

٢ - فإذا لم يمين بتنفيذ للتعلمه ، جاز للدائن أن يحصل على
شيء من النوع ذاته على نفقة الدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه
في حالة الاستئجال ، كما يجوز له أن يطلب بقيمة للشيء ، من غير إخلال
في الحالتين بحقه في الترميض » .

ونص هذه المادة من المشروع يطابق المادتين : ٢٠٥ من القانون
المدني المصري الحالي ، المادة ٢٨٥ من القانون المدني الكويتي .
وقد عرضنا لدراسة للنصين فيما سبق .

ثالثاً : وقد عرض المشروع أيضاً ، وفي نطاق صورة ثلاثة للتنفيذ
العيني المباشر للالتزام بالقيام بعمل في المادتين ٢٢١ ، ٢٢٢ . والمادة الأولى
يجرى نصها على النحو التالي :

« في الالتزام بعمل إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ
الدين الالتزام بنفسه ، جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير الدين » .

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٠٨ من القانون
المصري الحالي ويطلب : أيضاً - مع اختلاف في الألفاظ - نص الفقرة
للاثانة من المادة ٣٩١ من القانون المدني الكويتي ونصها كالآتي :

« وفي جميع الأحوال فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير الدين
إذا نص الاتفاق أو استلزمت طبيعة الالتزام أن ينفذه الدين بنفسه » (٢) .

أما المادة ٢٢٢ من المشروع فنصها كالآتي :

١ - « في الالتزام بعمل ، إذا لم يتم الدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن
يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة الدين إذا كان هذا
التنفيذ ممكناً » .

٢ - ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة
الدين دون ترخيص من القضاء » .

وهذا النص يطابق المادة ٢٠٩ من القانون المدني المصري الحالي .
كما يطابق المادة ٢٨٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا للنصين
الأخيرين من قبيل .

وأخيراً : إضافة إلى ما تقدم ، تناول المشروع للصورة للرابعة للتنفيذ
العيني المباشر في المادة ٢٢٤ بخصوص الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل
ونصها كالآتي :

(٢٢) ويلاحظ أن المشرع المدني الكويتي قد أورد النص المذكور بالفرن (م . ٢٠٩) في
الفصل الأول (الوفاء) من الباب الخامس (للقضاء الالتزام) . ونود أن يبرز هنا أنه لم يرد في
لتطبيق على نص المادة ٢٢١ من المشروع المصري ما يشير إلى النص الكويتي (م . ٢/٢٩١)
المتعلق أو المطابق .

« إذا التزم المدين بالامتثال عن عمل وأخل بهذا الالتزام ، جاز للدائن أن يطلب إزالة ماوقع مخالفاً للالتزام . وله أن يطلب من القضاء ترخيصاً في أن يقوم بهذه الإزالة على نفقة المدين » .

ولانص يطابق المادة ٢١٢ من القانون المدني المصري للحالي ، كما يطابق المادة ٢٩١ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا للنصين الأخيرين من قبيل .

الفرع الثاني

التنفيذ العيني غير المباشر

١٩ - وسائل التنفيذ العيني غير المباشر :

ذكرنا ان التنفيذ العيني للجبرى يتخذ - فيما يتعلق بكيفية وقوعه - صورة من اثنتين : فلما ان يكون مباشرا وقد عرضنا لذلك ولما ان يتم بوسائل غير مباشرة * . لاذ قد يتضمن لجوء الدائن الى التنفيذ للعيني المباشر مساسا بحرية الدين الشخصية وهذا غير جائز * ويحدث ذلك على وجه الخصوص اذا كان التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم الا اذا قام به المدين نفسه * ولا مناص في هذه الحالة من لجوء الدائن الى وسائل غير مباشرة وصولا الى إجبار المدين على التنفيذ العيني * فلذا لم تفلح لا يكون امام الدائن الا للتنفيذ بطريق التصويض * وهذه للوسائل غير المباشرة قوامها تهديد المدين بأذى في جسمه أو ذمته المالية * وعلى ذلك فان ثمة وسيلتين للتنفيذ العيني غير المباشر * الأولى وتمثل في الاكراه العيني أما الثانية فهي الغرامة التمهيدية * ونعرض لهما تباعا *

اولا : الاكراه العيني (حبس المدين)

٢٠ - تعريفا :

يتمثل الاكراه العيني في حبس المدين لإجباره على تنفيذ التزامه عينيا * وقد كان معروفا في القانون الروماني * لاذ كان الدائن يحبس مدينه أو يستوثقه وحتى قتله^(٢٤) *

٢١ - حبس المدين في الفقه الاسلامي :

للمبادئ في الفقه الاسلامي جواز حبس المدين اذا امتنع عن الوفاء * فقم جاء في قواعد الاحكام في مصالح الانام : الحبس وهو مفسدة في حق المحبوس

MAZEAUD (H. L. J.) : « Lecons de droit civil », t. 2, 56d,
Par's, 1973, p. 818, n. 838.

لكنه جائز لمصالح ترجع على مفسحته وهي انواع منها : حبس المعتنع
من دفع الحق الى مستحقه الجاء اليه وحمل عليه « (٢٥) » .

وجاء في المغني ان « من وجب عليه حق فنكر أنه معسر به حبس الى ان
ياتي ببينة تشهد عسرته » (٢٦) ولعل في « موضح حكم المادة ١٥٠٣ من
مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل ما يؤكد هذا ونصها
كالآتي : « اذا مطل المدين رب الدين فشكاه امره الحاكم بوفائه فان أبى حبسه
وتجب تخليته اذا بان اعساره » .

ويعتبد حبس المدين اذا امتنع عن الوفاء تطبيقا لقاعدة « الضرر الأشد
يزال بالضرر الأخف » وقد تضمنتها المادة ٢٧ من مجلة الأحكام المطبوعة .
ولها أكثر من تطبيق في هذا المجال (٢٧) .

٢٢ - حبس المدين يفترض يساره :

يلاحظ ان حبس المدين يفترض ثبوت يساره ويكون ذلك « اذا امتنع
عن أداء ذمهم واحد مع القدرة على أدائه » (٢٨) ومفهوم ذلك أنه « ان ثبت
عسره فلا يجوز حبسه حتى يثبت يساره » (٢٩) .

(٢٥) قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، للإمام المحدث الفقيه سلطان العلماء ابي محمد
عبد الدين عبد التميز ابن عبد السلام السلمي . دار للكتب العلمية ، بيروت الجزء الاول .
ص ١٠٠ .

ويقول ابن عابدين ، ان الحبس مشروع لقوله تعالى (او ينفخوا من الأرض) . وللنفث
يراد به الحبس . (بتصرف) . ولجس حاشية رد المختار ، مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس .
ص ٣٧٦ . ويقول في ص ٣٧٩ : « وإذا ثبت الحق للمدعي ببينة عجل حبسه بطلب المدعي
لظهور المثل بانكاره والا يثبت ببينة بل باقرار لم يميل حبسه بل يأمره بالأداء » .

(٢٦) المغني ، للشيخ الامام للمصنف . موفق للدين ابي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد
ابن غدامه على مختصر للخرقي ، دار للكتاب العربي . بيروت طبعة جديدة بالأوقست .
١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م ، الجزء الرابع ، ص ٥٠٢ .

(٢٧) ومن فروع القاعدة الواردة بالمتن الاجبار على قضاء الدين وللتفصيل الواجب :
ومن فروعها ايضا حبس الأب اذا امتنع عن الاتفايق على ولده للصغير .

انظر ، سليم رستم بكز ، شرح المجلة ، الطبعة الثالثة ، الامتلاك ، ١٣٠٥ هـ ، ص ٣٦ .
راجع ايضا : الشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار للكتب العلمية ،
بيروت ١٤٠٢ هـ - ١٩٨٠ م ، ص ٨٨ .

(٢٨) قواعد الأحكام في مصالح الأنام . مشار إليه فيما سبق ، الموقع السابق .

(٢٩) قواعد الأحكام في مصالح الأنام . مشار إليه فيما سبق ، ج ١ ، ص ١٠٢ .

وفوردها فيما يلي جانباً مما قاله فقهاء الشريعة في هذا الصدد .

يقول صاحب المنى : « أن من وجب عليه دين حال فطواب به ولم يؤده نظر للحاكم فإن كان بيده مال ظاهر امره بالقضاء وإن لم يجد له مالا ظاهراً فادعى الاعسار فصدقه غريمه لم يحبس ولأن الحبس إما أن يكون لاثبتت عسرته أو لقضاء دينه وعسرته ثابتة والقضاء متعذر فلا فائدة في الحبس ، وإن كذبه غريمه فلا يخلو إما أن يكون عرف له مال أو لم يعرف فإن عرف له مال أو عرف له أصل مال فالحق قول غريمه مع يمينه فإذا حلف أنه ذو مال حبس حتى تشهد للبيئة باعساره » (٣٠) .

وقد أوجز صاحب كشف القناع هذا بقوله : « فإن أبى من له مال يفى بدينه للحال الوفاء ، حبسه للحاكم » (٣١) .

ويقول ابن جزى في قوانين الأحكام الشرعية : « سجن الغريم على ثلاثة أنواع : الأول : سجن من ادعى لعدم وجهات حالته فيسجن حتى يثبت عدمه أو يعطى ضامناً بوجهه » الثاني : سجن من اتهم أنه أخفى مالا وغيبه فإنه يسجن حتى يؤدي أو يثبت عدمه إلى أن يعطى ضامناً » الثالث : يسجن من أخذ أموال الناس وتقدم عليها وادعى لعدم فتبين كذبه فإنه يحبس أبداً حتى يؤدي أموال الناس أو يموت في السجن » وقال سحنون يضرب المرة بعد المرة حتى يؤدي أموال الناس ولا ينجيه من ذلك إلا الضمان بالمال » (٣٢) .

(٣٠) المنى ، لابن قدامة ، مشار إليه فيما سبق ، الجزء الرابع ، ص ٥٠٢ - ٥٠٣ -

راجع أيضاً ص ٤٨٨ .

(٣١) كشف القناع عن متن الاقتاع ، للشيخ العلامة فقيه الضابطة منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، الجزء الثالث ، واجبه وعق عليه للشيخ هلال مصطفي مصطفي هلال ، الناشر مكتبة النصر للحديث بالرياض ، ص ٤١٩ - راجع أيضاً : ص ٤٢٠ - ٤٢١ .

(٣٢) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٤٦ راجع من التطبيقات في المملكة العربية السعودية في هذا الخصوص واشتراط اليسار لحبس الخين : تعميم سماحة رئيس القضاء رقم ٢٨٦ وتاريخ ١٣٧٩/٥/٢٣ : « ١ - المدعى إذا ثبت عسره ولم يقدر على وفاء شيء من دينه لم يطلب بالتصديق وحرم سجنه وملازمته ولا يلزم بإقامة كميل عليه ... » والتعميم منشور بمجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات التي تصدرها وزارة العدل بالمملكة - لائحة الأولى ، ١٣٩٦ ، نهى عن التعميم الصادرة بتوقيع سماحة رئيس للقضاء والوجود بادرارة للوثائق والبحوث ، ص ١١٧ من المجموعة .

وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٣٤٣ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر على أنه « إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر في النفقة أو في أجرة الحضانة أو للرضاع أو السكن يرفع ذلك إلى المحكمة الجزئية التي بدلتها محل التنفيذ ، ومتى ثبت لديها أن المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به ، وأمرته ولم يمثل حكمت بحبسه ولا يجوز أن تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوماً . أما إذا نفذ المحكوم عليه ما حكم عليه به أو أحضر كفيلاً فإنه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية » .

والعنى للواضح لذلك أنه يشترط لحبس المدين وصولاً إلى إجباره على التنفيذ المعنى بالتزامه بالنفقة أن يمتنع عن التنفيذ والوفاء على الرغم من قدرته . وما ينبغي أن يلاحظ في هذا المقام أن الحبس لا يبرى ذمة المدين ولا يعفيه من الوفاء .

٢٢ - حبس المدين في قانون المرافعات الكويتي الجديد :

استحدث قانون المرافعات المدنية والتجارية الجديد في دولة الكويت ، عدة قواعد في الباب الرابع من الكتاب الثالث منه ضمنها معالم وشروط محددة لحبس المدين في الدين ، وذلك في المادتين ٢٩٢ ، ٢٩٤ .

ففيما يتعلق بالحق الطالب به :

أوجبت تلك القواعد أن يكون هذا الحق ثابتاً بمقتضى حكم نهائي أو أمر أداه نهائي .

وفيما يتعلق بالمدين المطلوب الحكم بحبسه :

يتعين من جهة أن يكون هذا المدين قد امتنع عن أداء تنفيذ الحكم أو الأمر رغم قدرته على الوفاء بحيث لا يجوز الأمر بحبسه إذا لم يكن قادراً على الوفاء ولو كان للدائن قد حصل ضده على حكم نهائي أو أمر أداه قسرة للمدين على الوفاء . بل يجب فوق ذلك أن تكون قدرته تلك مستندة إلى أموال مما يجوز للحجز عليها . ويتعين من جهة أخرى ألا يكون المدين قد جاوز في عمره الخامسة والستين . ويمتنع الأمر بحبس المدين إذا كان له أولاد لم يبلغوا الخامسة عشر عاماً وكان زوجه متوفى أو محبوساً لأي سبب .

ويجب من جهة رابعة ألا يكون المطلوب حبسه زوجاً للدائن أو من أصوله أو غروعه ما لم يكن الدين نفقة مقررة . ويتعين من جهة خامسة ألا يكون المدين قد سبق أن صدر أمر بحبسه عن ذات الدين وأوفى مدة الحبس .

ويخصصوص مدة الحبس :

اشتراطت المادة ٢٩٢ الا تزيد على ستة اشهر • وقد تناول المشرع في المادة ٢٩٦ مسقطات الأمر بالحبس وهي كما يلي :

- (أ) موافقة الدلائن كتابة على إسقاط الأمر •
- (ب) انقضاء التزام المدين الذي صدر الأمر لاقتضائه •
- (ج) إذا تخلف شرط من شروط الأمر أو تحقق مانع من موانع إصداره •

ثانيا : للفرامة التهديدية

LES ASTREINTES

٢٤ - تعريف :

ذكرنا ان وسائل للتنفيذ للعيني غير المباشر تتبني على تهديد المدين بأذى في جسمه أو في ماله • وعن الأذى في المال ، فإنه يكون بتهديد المدين بمبلغ مبالغ نقدي إذا لم ينفذ التزامه وهو ما يطلق عليه للفرامة التهديدية •

والفرامة التهديدية على هذا النحو عبارة عن مبلغ نقدي يحكم القاضي على المدين بأدائه عن كل فترة زمنية أو اسبوع أو شهر أو أي فترة معينة من الزمن يتأخر فيها عن تنفيذ للزامه عينا بعد الأجل الذي حدده للحكم لهذا التنفيذ^(٢٢) •

وبمقارنة للحكم بالفرامة التهديدية مع الحبس يلوح أمامنا لتفاسق بينهما يجسده أنهما من وسائل للتنفيذ للعيني للجبري غير المباشر • ومع ذلك تختلف هذه للفرامة في أنها تصيب مال المدين على حين نجد الحبس يصيب جسمه لذا فإنه استثناء ونلزم قانونا وعملا •

(٢٢) راجع عبد الحمم فرج المصده ، أحكام الالتزام ، ١٦٥٥ الجزء الأول • رقم ٢١

ص ٢٨ - ٢٩ • محمد لطبيب شبيب ، المرجع السابق ، رقم ٢١٨ • ص ٢٠٢ •

٢٥ - شروط الحكم بالفرامة التهديدية :

في ضوء المادة ٢٩٢ من القانون المدني الكويتي (٢٤) .

يمكننا القول بأن الحكم بالفرامة التهديدية يستلزم توافر الشروط الآتية :

٢٦ - الشرط الأول : أن يوجد التزام يمكن تنفيذه عينا :

وهذا الشرط تقتضيه طبيعة الحكم بالفرامة التهديدية . إذ لا يمكن للجوء إليها ولا يوجد التزام . وبناء على ذلك لا يجوز أن تستخدم لإجبار خصم في دعوى على الحضور أمام المحكمة لأنه لا يوجد على عاتقه التزام بهذا المعنى (٢٥) .

ألا أن وجود الالتزام لا يكفي في ذاته للحكم بالفرامة التهديدية بل يجب فوق ذلك أن يكون تنفيذه عينا أمرا ممكنا .

وعلى ذلك ، فإنه إذا استحال على الدين تنفيذ التزامه عينا ، سواء كانت الاستحالة بفعل الدين أو بسبب أجنبي مانه لا يجوز للدائن اللجوء إلى الحكم بهذه الفرامة . وهذا منطقي . إذ في نجوء الدائن إليه ما يقطع يبرعيته في الوصول إلى تنفيذ الالتزام وهي رعيه لا يستجيب لها كون للتنفيذ العيني أصبح مستحيلا . ولا يغيب عن البال - بطبيعة الحال - أن الفرض امتناع الدين عن تنفيذ الالتزام رغم إمكان تنفيذه عينا . إذ هو سبب نجوء الدائن إلى الفرامة التهديدية .

(٢٤) والمادة ٢٩٢ مدني كويتي نصها كالآتي :

١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به الدين نفسه ، جاز للدائن أن يطلب الحكم بالزلم الدين بهذا التنفيذ ويضع غرامة تهديدية أن امتنع عن ذلك .

٢ - وإذا رأت المحكمة أن مقدار الزلمة المحكوم بها غير كاف لحمل الدين على التنفيذ ، جاز لها أن تزيد في الزلمة كلما رأت داعيا للزيادة .

٣ - إذا تم التنفيذ العيني ، أو أمر الدين على عدم التنفيذ ، حجت المحكمة مقدار التسويص الذي يلزم به الدين عن عدم التنفيذ أو للتأخير فيه مراعية في ذلك لضرر الذي أصاب للدائن والعنت الذي بدأ من الدين .

ولننص بفقراته الثلاث يطبق المادتين ٢٩٣ ، ٢٩٤ من القانون المدني المصري .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 672, p. 694.

(٢٥)

٢٧ - الشرط الثاني : أن يكون التنفيذ العيني للالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين :

٢٥ - لا يكفي لاستخدام الحكم بالفرامة التهديدية أن يوجد للالتزام يمكن تنفيذه عينا ، بل يشترط إضافة إلى ذلك أن يكون التنفيذ العيني لهذا الالتزام غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه . وتفسير ذلك أنه إذا كان للتنفيذ العيني للالتزام ممكنا دون تدخل المدين شخصا كما يحدث في حالة تنفيذ الدائن للالتزام عينا على نفقة المدين على نحو ما ذكرت من قبل ، فليس من شك في أن ذلك أسرع وأكثر جدوى للدائن الأمر الذي يفتنى معه أي مبرر لاستخدام الحكم بالفرامة التهديدية .

ومن هنا يمكننا القول ، بأن أهمية هذا الشرط لا تكمن فقط في أنه يجيز بتوافره - إلى جانب الشروط الأخرى - اللجوء إلى الحكم بالفرامة التهديدية وصولا إلى التنفيذ العيني الجبري بل إن أهميته تظهر أيضا إذا أدركنا أنه يحدد في الواقع النطاق العملي لاستخدام هذه الفرامة كوسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني . إذ الحكم بها لا يوصل إلى أي تنفيذ لأي التزام ولكن إلى تنفيذ عيني للالتزام ثبت عدم إمكان تنفيذه كذلك إلا بتدخل المدين نفسه . أو على الأقل ثبت أن تنفيذه عينا دون تدخل المدين يكون غير ملائم . وبعبارة أخرى فإن مؤدى هذا الشرط حيث قيمته الحقيقية أن الفرامة التهديدية باعتبارها وسيلة غير مباشرة لحمل المدين على التنفيذ العيني يلجأ إليها إذا كان التنفيذ العيني يقتضى أن يقوم به المدين شخصا أما لأنه غير ممكن أو لأنه غير ملائم إلا إذا قام به نفسه .

وعلى سبيل المثال ، فإن التنفيذ العيني للالتزام يكون غير ممكن إلا بتدخل المدين شخصا إذا كان محل هذا الالتزام تسليم شيء لا يعلم مكانه إلا هذا المدين . كما لو التزم مغن بالفناء في حفل .

ويلاحظ أن عدم ملائمة للتنفيذ العيني إلا إذا قام به المدين نفسه لنفا تفتح للباب أمام استخدام الفرامة التهديدية ولو كان هذا للتنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المدين . إذ يتصور أن يكون للتنفيذ العيني ممكنا دون تدخل المدين شخصا ومع ذلك يكون غير ملائم . وعلى نحو المثال السابق يمكن أن يقوم بالفناء مطرب آخر وإن كان ذلك غير ملائم .

إذا ما توافر للشرطان كان الدائن أن يطلب للحكم بالفرامة التهديدية . فلا يجوز للمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها دون طلب الدائن وهو ما رجحه العلامة السنهوري . ويرى أن للمحكمة سلطة تقديرية في أن تجيب

الدائن إلى طلبه أولا تحييه إليه • فالحكم بالفرملة – على فرض تولف شروطها – مساله موضوعيه • وإن كان بحث تولف الشروط مساله قانونية(٣٦) •

٢٨ – طبيعة الحكم بالفرملة التهديدية :

راينا أن الحكم بالفرملة التهديدية وسيلة غير مباشرة لإجبار المدين على التنفيذ العيني • وفي حالة صدور الحكم بها فاما أن يمثل المدين ويقوم بتنفيذ الالتزام عينا ويكون الحكم بالفرملة قد حقق الهدف منه واما أن يمنع المدين عن التنفيذ العيني ويستمر في عنته • وفي هذا الفرض الثاني ليس امام الدائن – حيال اصرار المدين – الا طئب للتنفيذ بمقابل اى بطريق التعويض • ومن ثم فان الحكم بالفرملة يصبح عديم الفائدة وللجوى • لأن الدائن لا يستطيع أن ينفذه باعتباره حكما في ذاته •

وفي ضوء ذلك ، يمكننا القول لجمالاً – تحديدا لطبيعة الحكم بالفرملة التهديدية – أنه مجرد وسيلة تهديدية ومؤقت ولا يمكن تنفيذه باعتباره حكما في ذاته • ونفصل ما أجملنا :

٢٩ – ١ – أن الحكم بالفرملة وسيلة تهديدية : Comminatoire

٢٧ – ومؤدى ذلك ان الفرض من هذا الحكم لا يتجاوز ارباح المدين لحمله على التنفيذ العيني • ولذا فان تقدير مبلغ الفرملة يكون تحكميا arbitraire لا يراعى التقاضى فيه ما اصاب الدائن من ضرر من جراء عدم التنفيذ وإنما يأخذ في اعتباره المركز المالى للمدين ومدى تعنته(٣٧) • وفي هذا الصدد يمكن القول بأن الفرملة التهديدية تختلف عن التعويض • فالفرض من التعويض هو اصلاح الضرر اما الفرملة فتقرى الى التهديد • كذلك فانه بخصوص كيفية حساب المبلغ المحكوم به يختلف اساس هذا الحساب فيهما • ففي التعويض يراعى للقاضى في الحكم به ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب وهذا يختلف عمايراعيه للقاضى في حكم الفرملة كما راينا •

(٣٦) والرجع • السنهوري • الوسيط ، ج ٢ • مشار إليه من قبل ، ص ٨١٢ • رقم ٤٥١ – وقد عرض لرأى آخر للمرحوم الدكتور اسماعيل غانم ومؤاده أنه ليس ثمة ما يمنع من أن تنضى المحكمة من تلقاء نفسها بالفرملة التهديدية إذا وجدت أن شروطها متوافرة •

MARTY et RAYNAUD : op. cit., p. 697, n. 674.

٣٠ - ٢ - أن الحكم بالفرملة التهديدية حكم مؤقت : Provisoire

٢٨ - ما دلم للهدف من الحكم بالفرملة ارماب المدين لحمله على التنفيذ ، فان مصر هذا الحكم الى التصفية للنهائي هو امر حتى(٣٧) وهذا مراد التاقيت * ومؤدى ذلك أن الحكم بالفرملة للتهديدية ينقض متى اتخذ المدين موقفا نهائيا اما بالتنفيذ او الاصرار على عدم التنفيذ فيعيد للقاضي النظر في حكمه ليفصل في الموضوع * فان كان المدين قد نفذ فالقاضي لا يحكم عليه الا بتعمويض عن التأخير في التنفيذ ، ولذا اصر المدين على عدم التنفيذ فيحكم القاضي بالتعمويض عن عدم للتنفيذ ويراعى القاضي في الحالتين ما لحق للدائن من ضرر كما يراعى ما يكون قد بدا من المدين من عنت(٣٨) ، (م . ٢/٢٩٢ مئى كويتى - م . ٢١٤ مئى مصرى) *

٣١ - ٣ - أن الحكم بالفرملة التهديدية غير قابل للتنفيذ باعتباره حكما في ذاته :

٢٩ - لما كان الحكم بالفرملة التهديدية حكما مؤقتا وتبعاً لذلك يوجب على الدائن الانتظار حتى يتضح الموقف النهائي للمدين على نحو ما ذكرنا ، فان الدائن المحكوم له لا يستطيع تنفيذ حكم الفرملة في ذاته ضد هذا المدين مطالبا بارغامه على اللؤاء بمبلغ الفرملة ، فلا يجوز للدائن مثلاً أن يوقع حجزاً على اموال المدين ليصل بذلك الى بيعها بالمزاد العلنى لاستيفاء قبة الفرملة - كحق له - من اللؤمن للنتائج *

٣٢ - مشروع تقنين احكام للشرية الاسلامية في المعاملات المالية في مصر والتنفيذ العيى غير المباشر :

لم يعرض المشروع للوسيلة الأولى من وسائل للتنفيذ العيى غير المباشر ومى حبس المدين * ويتفق في ذلك مع القانون المئى المصرى للتحالى وكذا القانون المئى للكويتى * مع ملاحظة ما جاء به قانون المرفعات للكويتى لل جديد من احكام بشان حبس المدين ، وقد لشرنا اليها في حينه *

MARTY et RAYNAUD : op, cit., p. 700, n. 679. (٣٧)

MAZEAUD (H. L. J.) : «lecons de droit civil» t. 1, Paris (٣٨)
1972, p. 388, n. 359.

أما بالنسبة للوصيلة الثانية ، فعنى التهديد المالى ، فقد تناولها
الشروع فى المادة ٢٢٦ ونصها كالآتى :

« ١ - إذا كان تنفيذ الالتزام عينيا غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا
نام به المدين نفسه جاز للدائن أن يحصل على حكم بالزام المدين بهذا
للتنفيذ ويجفع غرامة تهديدية إن امتنع عن ذلك » .

٢ - وإذا رأى القاضى أن مقدار الغرامة ليس كافيا لأكراه المدين
المتنعم عن التنفيذ جاز له أن يزيد فى الغرامة كلما رأى داعيا للزيادة » .

٣ - وإذا تم التنفيذ للعينى أو أصر المدين على رفض التنفيذ ، حدد
القاضى مقدار التعويض الذى يلزم به المدين مراعى فى ذلك للضرر الذى أصاب
الدائن والعنت الذى بدا من المدين » .

والنص يطابق المادتين ٢١٣ ، ٢١٤ من القانون المدنى المصرى
الحالى . كما يطابق المادة ٢٩٢ من القانون المدنى الكويتى وتد
عرضنا لها .

المبحث الثانى

الالتزام الطبيعى

L' obligation naturelle

٣٣ - تعريف :

المخا من قبل ان الالتزام يتحلل الى عنصرين هما المديونية والمسئولية . ومقتضى المديونية ان ثمة واجبا قانونيا على المدين بالوفاء . اما المسئولية فانها تتحرك فى حالة عدم قيام المدين بالوفاء مختارا وتمكن الدائن من إجباره على ذلك . والاصل كما ذكرنا هو الوفاء اى التنفيذ الاختيارى . والاصل ايضا ان الالتزام يتضمن العنصرين معا ويطلق عليه الالتزام المبنى . لكن يتصور تخف عنصر المسئولية دون المديونية وفى هذه الحالة يكون الالتزام طبيعيا .

وعلى هذا النحو ، فان الالتزام الطبيعى هو التزام قوله عنصر المديونية ويتخلف فيه عنصر المسئولية . ومؤدى ذلك انه اذا كان المدين به ملتزما بالوفاء فانه لا يمكن إجباره عليه (٣٦) . وبعبارة اخرى ، فان الالتزام الطبيعى يقبل التنفيذ الاختيارى لأن ثمة واجبا قانونيا بالوفاء يتضمن عنصر المديونية الذى ينطوى عليه ولكنه لا يقبل التنفيذ الجبرى لتخلف عنصر المسئولية .

٣٤ - ماهية الالتزام الطبيعى وصوره :

لتجد تنازع المسألة لتجاهان فى اللغة :

SAVATIER (R.) : « la théorie des obligations », 3^{ed}, Dalloz, (٣٩)
Paris, 1974, n. 259, p. 318.

٣٥ - الاتجاه الأول : النظرية التطبيقية :

لقد نشأت هذه النظرية بفكرها في رحاب القانون الروماني واعتنتها الفقه اللغزني في القرن للتاسع عشر ويرى لنصارها ان الالتزام الطبيعي لا يمدو كونه التزاما مدنيا لنقضى أو لنحلل
les auteurs
de l'école classique, Consideraient l'obligation naturelle comme une obligation civile avortée ou dégénérée.

وفي هذا الإطار تتحدد صور الالتزام الطبيعي باثنتين • للصورة (١) الأولى وفيها يتولد الالتزام الطبيعي عن التزام مدني نشأ من قبل ولكن حال مانع قانوني دون ترتيب آثاره • مثال ذلك الالتزام الطبيعي الذي يتولد في ذمة التاجر عن إبطال التزام مدني نشأ عن عقد أبرمه • أما الصورة الثانية ، فتتضمن التزاما طبيعيا تولد عن التزام مدني نشأ ولنقضى • فالالتزام المدني الذي ينقضى بالتقادم مثلا يخلف وراءه للالتزام طبيعيا •

ويؤخذ على هذه النظرية لنها • وقد حصرت صور الالتزام الطبيعي في التزامات مدنية قامت عقبة قانونية أمام نشوئها فمنعته أو لعام لستمرار بقائها بعد نشوئها فإزالتها ، تكون قد ضيقت من نطاق فكرة هذا الالتزام ، وهي أكثر اتساعا من ذلك •

٣٦ - الاتجاه الثاني - النظرية الحديثة (١) :

ويرى لنصارها في الالتزام الطبيعي واجبا أدبيا أو خلقيا يعترف له القانون ببعض الآثار •

ومعنى ذلك ان فكرة الالتزام الطبيعي يتسع نطاقها في هذه النظرية • إذ لا تنحصر صورها فقط في الحالات التي يحول فيها مانع قانوني من نشوء الالتزام مدني أو من لستمرار بقائه بعد نشوئه ولكنها تشمل أيضا الحالات التي يرقى فيها الواجب الخلقي إلى درجة تقربه من منطقة القانوني • فلو سقط الالتزام المدني بالتقادم تولد عنه الالتزام الطبيعي فحواء قيام الدين بالوفاء لختيارا • ومعنى ذلك ان ذمة واجبا أدبيا لدى المدين يحثه على هذا الوفاء •

BOUT : op. cit., n. 22 ets.

(٤٠) راجع :

راجع أيضا : انور سلطان ، المرجع السابق ، رقم ١٤٨ ، ص ١١١ - ١١٢ - عبد القم
رجع للصحة ، المرجع السابق ، رقم ٧ ، ص ٨ •

BOUT (R.) : obligation naturelle , rép de dr. civ., t. v. 1979,

n. 16 et S.

MAZEAUD : op. cit., p. 389, n. 361.

(٤١)

ومؤدى ذلك أن الالتزام الطبيعى فى مرحلة وسط بين الالتزام المدنى والواجب الادبى فلم يصل الى درجة الالتزام المدنى لانه لا يمكن اجبار الدين به على الوفاء وقد تجاوز فى نفس الوقت للواجب الادبى ، ومظهر ذلك ان الوفاء به ليس من قبيل القبح ، فهو يسمو على الواجب الاول ولا يرقى الى مستوى الالتزام المدنى . وقد أخذ بهذا الاتجاه الفقه والفقهاء الحديث وكذا التشريعات الحديثة مثل التشريع الالماني والسويسرى .

٣٧ - حالات الالتزام الطبيعى وتطبيقاته :

إذا لم ينص المشرع على وجود الالتزام الطبيعى ، فان الامر يترك لتقدير القاضى وفقا لقيود معينة . وتكلم عن هذه الحالات ثم نقداول بعض تطبيقات الالتزام الطبيعى .

٣٨ - حالات الالتزام الطبيعى :

قد ينص الشرع على بعض صور الالتزام الطبيعى مثال ذلك ما جاء فى المادة ١/٣٨٦ مدنى مصرى اذ قالت « يترتب على التقادم انقضاء الالتزام ومسح ذلك يتخلف فى ذمة الدين للالتزام طبيعى » والمعنى الواضح للنص قاطع فى نشوء القزام طبيعى كآثر لانقضاء الالتزام المدنى بالتقادم^(٤٢) .

وإذا لم ينص المشرع على صورة للالتزام الطبيعى فان الامر متروك لتقدير القاضى . وقد نصت على المادة ٢٨١ مدنى كويتى (م . ٢٠٠) وذلك مدنى مصرى) بقولها « يقدر للقاضى عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى للالتزام طبيعىا ، مراعىا فى ذلك للوعى العام فى الجماعة ، وفى كل حال لا يجوز ان يقوم للالتزام طبيعى ومخالف للنظام العام » .

(٤٢) يلاحظ ان القانون المدنى الكويتى قد أخذ بالتقادم (مرور الزمن) باعتباره مقياسا من مصادم للدعوى بالحق ، دون ان يكون مؤديا الى سقوطه (م . ٤٢٨ - ٤٥٨) ، وذلك جريا على احكام الفقه الاسلامى فى هذا الشأن . وهو الملك الذى اتبنته مشروع تقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المجلات فى مصر (م . ٣٦٤ - ٣٧٩) . وسوف نعرض لحكم مرور الزمن بالتفصيل فيما بعد . وقد نصت المادة ٣٧٧ من هذا المشروع على ما يأتى « لا ينقضى الحق بمرور الزمن . فاذا اتر الدين بالحق امام القضاء اخذ بقراره ، وإذا انكر الدين الحق ،

فلم تسمح للدعوى ضده ، تخلف فى فقهه القزام طبيعى » .

• ويتضح لنا من ذلك انه اذا لم ينص المشرع على وجود التزام طبيعى ، كان للقاضي سلطة تقدير وجود هذا الالتزام من عدمه • وهو في ذلك يخضع لتقديرين : الأول يوجب على القاضي للتأكد من وجود واجب أدبي يرقى في الوعي العام للجماعة الى منزلة الالتزام الطبيعى اما الثانى فيمنح القاضي من اعتبار اللولجب الادبى للتراماً طبيعياً ما دلم يخالف النظام العام •

وعلى ما تقدم فان حالات الالتزام الطبيعى قد تكون تشريعية أو قضائية •

٣٩ - تطبيقات فكرة الالتزام الطبيعى :

نظرا لصعوبة حصر هذه التطبيقات ، نسوق بعضاً منها وتنتمى في مجموعها الى فكرة اللولجب الادبى الذى يرقى في الوعي العام للجماعة الى وجوب اللولفء به •

من ذلك ولجب تعويض الغير عما اصابه من ضرر على الرغم من عدم توافر لركان المسؤولية • ولولجب عدم الاثراء على حساب الغير ولو لم تتوافر شروط الغبن ولولجب مساعدة القربى الذين لا تجب نفقتهم قانوناً ولولجب الاعتسراف بالجميل ومجازاة صاحبه • كمن يهب الطبيب مبلغاً لانه انقذ حياته •

٤٠ - آثار الالتزام الطبيعى :

بادئ ذى بدء ، ان الالتزام الطبيعى ينقصه عنصر المسؤولية ومن ثم فلا جبر في تنفيذه • اذ ان هذا للتنفيذ مناطه اختبار المدين • وفي ضوء ذلك يمكننا ان نلخص آثار الالتزام الطبيعى فيما يلى :

اولاً : ان تنفيذ المدين للالتزام الطبيعى يعد وفاء لدين وليس تبرعاً • ومؤدى ذلك ان المدين لا يمكنه ان يسترد ما اداه على انه وفاء للالتزام طبيعى (م٠ ٢٨٢ مدنى كويتى - م٠ ٢٠١ مدنى مصرى) •

ثانياً : ان الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لنشوء للترام مدنى (م٠ ٢٨٣ مدنى كويتى - م٠ ٢٠٢ مدنى مصرى) • وتفسير ذلك انه اذا تعهد المدين بالوفاء للترام طبيعى فان تعهده يكون صحيحاً ويقوم اللترام الطبيعى منه مقام السبب • ويشترط لصحة للتعهد المذكور ان يكون المدين قد قصد ان يلزم نفسه بالالتزام •

خلاصاً ما نتج من ذلك ، فلا تقترب على الالتزام الطبيعى أى آثار أخرى • فلا يمكن أن تقع مقاصة بين الالتزام مدنى فالمقاصة تنبئ على وفاء قهرى والوفاء بالالتزام الطبيعى لا يكون الا اختيارياً لتخلف عنصر المسئولية فيه • كذلك لا تجوز كفالة الالتزام الطبيعى • إذ للكفالة للالتزام تابع وغير منطقي أن تكون اقوى من الالتزام الاصلى أى الالتزام الطبيعى وهو الالتزام المكنون^(٢٤) •

٤١ - مشروع تعدين احكام التشريعة الاسلجية في المعاملات المالية في مصر وفكرة الالتزام الطبيعى :

اولاً : جاءت احكام لاللتزام الطبيعى في المشروع على غرار احكامه في القانون المدنى المصرى للحالى والقانون المدنى للكوييتى •

وقد استهل المشروع هذه الاحكام بحكم في الفقرة لثانية من المادة ٢١٠ بخصوص عدم تنفيذ الالتزام الطبيعى تنفيذاً جبرياً • وقد احصا الى هذا الحكم من قبل واشرنا الى ما يطالبه من نصوص للقانون المدنى المصرى الحالى والقانون المدنى للكوييتى •

ثانياً : وقد عرض المشروع في المادة ٢١١ لحالات الالتزام الطبيعى ونصها كالآتى :

« يقدر القاضى ، عند عدم النص ، ما اذا كان هناك التزام طبيعى ، وفى كل حال لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام » •

والنص يطابق المادة ٢٠٠ من القانون المدنى المصرى الحالى • كما يطابق المادة ٢٨١ من القانون المدنى الكوييتى وهى مستمدة من النص المصرى الحالى مع اختلاف طفيف في اللفاظ • وتقديرى ، أن النص الكوييتى أكثر دقة ووضوحاً بصياغته • وسبب الوضوح عبارة وردت به خلا منها للنص المصرى الحالى ونص المشروع • فالنص الكوييتى قال « يقدر القاضى ، عند عدم النص ، متى يعتبر الواجب الادبى التزاماً طبيعياً ، والمعبارة التى نعينها « متى يعتبر الواجب الادبى » • ومظهر الوضوح أن العبارة تشير الى أن النص الكوييتى قد أخذ فى فكرته الالتزام الطبيعى بالنظرية الحديثة التى ترى من الالتزام الطبيعى ولجبا أدبياً يعترف له القانون ببعض الآثار على ما ذكرت من قبل بمسند شرح هذه النظرية • وعلى أية حال فإن نص المشروع قد قسم حالات الالتزام الطبيعى الى حالات تشريعية وأخرى قضائية • والقاضى يقدر وجود الالتزام الطبيعى عند انعدام النص ويخضع في ذلك لتعيينهما :

للتقيد الاول : التأكد من وجود ولجب أدبى يرقى في لوعى العام للجماعة الى منزلة الالتزام الطبيعى •

التقيد للثقل : ويمنع التقاضي من احتيار اللوجب الأدبي للتلزما طبيعيا ما دلم يخالف النظام العام وحرى بنا أن نشير الى ملاحظة بشأن التقيد الأول ومؤداهما : أن المشرع المدني للكوييتى قد نص على هذا التقيد صراحة في المادة ٢٨٨ من القانون المدني هناك ، وقد سلك هذا المسلك مشروع القانون المدني المصري للجديد في المادة ٢١١ صلافة للذكر .

ويبقى مع ذلك أن نبرز - وهنا تظهر أهمية الملاحظة - أن النص الحالي للقانون المدني المصري (م ٤٠٠) لم ينص صراحة على هذا التقيد وإن نص على التقيد الثاني بخصوص للنظام العام . وإن كنا نعتقد أن عدم النص ربما يكون بالنسبة لتقيد النظام العام - دون التقيد الأول - لجداهته .

ثالثا : وعن آثار الالتزام الطبيعي ، فقد نصت المادة ٢١٢ من المشروع على أنه اذا وفى الدين باختياره للتلزما طبيعيا صح وفاؤه فلا يجوز له أن يسترد ما أداه . * ومعنى ذلك أن تنفيذ الالتزام الطبيعي يمد وماء وليس تبرعا . ومؤدى ذلك أن الدين لا يمكنه أن يسترد ما أداه . * وللنص يطابق المادة ٢٠١ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق المادة ٢٨٢ من القانون المدني الكوييتى . * إضافة الى ذلك نصت المادة ٢١٣ من المشروع على ما يأتي « يصلح الالتزام الطبيعي سببا للتلزما مدني » .

فلو تمهد الدين بالوفاء بالالتزام الطبيعي كان للتمهد صحيا ، ويقوم الالتزام الطبيعي منه مقام السبب . ويشترط أن يكون الدين قد قصد أن يلزم نفسه بالالتزام . * وللنص يطابق المادة ٢٠٢ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق المادة ٢٨٣ من القانون المدني الكوييتى .

٤٢ - الالتزام الطبيعي في الفقه الاسلامي :

إن للتطبيقات كثيرة وقاطمة للدلالة على أن فكرة الالتزام الطبيعي لم تتمم وجودها في الفقه الاسلامي . ونسوق على سبيل المثال لا الحصر تطبيقين : أولهما في مجال التقادم وثانيهما في مجال منافع الغصب وضمائنها . *

للتطبيق الأول : في مجال التقادم : ونصت عليه المادة ١٩٥ من برئسد الحيران^(٤٤) في عجزها إذ قالت « لا تسمح دعوى الدين على الدين بعد مضي خمس عشرة سنة بلا عذر وإن لم يستطع الحق بمرور للزمان » .

(٤٤) كتاب مرشد الحيران الى معرفة أصول الانسان في المسلمات الشرعية على مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان . محمد تحري بلشا ، الطبعة الثالثة ، بالطبعة الاميرية بمصر ، سنة ١٩٠٩ .

ومفهوم ذلك أنه على الرغم من عدم جواز سماع دعوى الدين على المدين بعد مضي خمس عشرة سنة ، فإن الحق لا يسقط بتقادم الزمن . ومعنى ذلك ببساطة أنه إذا قام المدين بالوفاء كان وفاً صحيحاً بدين . وليس من شك في أن ذلك يجسد فكرة الالتزام الطبيعي .

وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ١٦٧٥ من مجلة الأحكام المدلية بقولها « لا يسقط الحق بتقادم الزمان فإذا أقر المدعي عليه واعترف صراحة في حضور الحاكم بأن حق المدعي عنده في الحال على الوجه الذي يدعيه وكان قد مر الزمان على الدعوى فلا يعتبر مرور الزمان ويحكم بموجب أقرار المدعي عليه » .

وعنى ذلك . فانه إذا أقر المدعي عليه بفحق في نفسه رغم مرور للزمان . فلا يعتبر مرور الزمان هذا . ويحكم بأقراره ، وإذا ما بالوفاء كان وفاً صحيحاً^(٤٥) . وبسبب من شك في أن ذلك ينضغن الفكرة التي يقوم عليها الالتزام الطبيعي .

٤٣ - وقد أخذ التقنين المدني للجديد في الكويت بأحكام الفقه الإسلامي السابقة (م ٢٨٠ وما بعدها) فالحق لا ينقضي ولا يسقط بتقادم الزمان وإنما يترتب على مرور الزمان مدة معينة منع سماع الدعوى بالحق . وعدم سماع الدعوى ليس مبنياً على بطلان الحق وإنما هو مجرد منع انقاضي من سماعها مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو أقر به الخصم لزماً . ومنع سماع الدعوى في هذا المقام هو من قبيل تخصيص قضائه بالزمان والمكان والخصوصية^(٤٦) . وقد أخذ مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المساملات في مصر بهذا الاتجاه أيضاً وقصر أثر مرور الزمن على سقوط الدعوى بالحق دون أن يؤدي إلى سقوط الحق ذاته^(٤٧) .

(٤٥) راجع في تطبيقات أخرى لفكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الإسلامي صبحي محصاني ، النظرية العامة للموجبات والنقود في الشريعة الإسلامية ، الطبعة للثانية بيروت ١٩٧٢ م ، ج ٢ ص ٥٣٦ - ٥٣٩ - زهدى يكن ، شرح قانون الموجبات والنقود ، الطبعة الثانية ، بيروت ج ٢ ، رقم ٩٣ ، ص ٩٤ - ٩٦ .

(٤٦) راجع ، الفكرة الإيضاحية لقانون المدني الكويتي الجديد .

راجع أيضاً حكم المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام المدلية .

وسوف نتناول أحكام مرور الزمان تفصيلاً فيما بعد وذلك في الباب الأخير من هذه الدراسة وقد خصصناه لبحث أسباب انقضاء الالتزام . وبحلول أن نبرز من خلال هذه الدراسة أحكام مرور الزمن (للتقادم) في الفقه الإسلامي .

(٤٧) راجع المادة ٣٦٤ وما بعدها من المشروع . وسوف نعرض لها فيما بعد

في الباب الأخير من هذه الدراسة .

٤٤ - التطبيق الثاني : في مجال منافع النصب وضمانها :

إضافة إلى ما تقدم ، نجد تطبيقاً آخر لفكرة الالتزام الطبيعي في الفقه الإسلامي - الحنفى منه بصفة خاصة - ويتعلق بعدم ضمان المنافع في النصب في هذا المذهب - فقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم « منافع النصب لا تضمن إلا في ثلاث : مال اليتيم وصل الوقف والمعد للاستقلال »^(٤٨) وورد به أيضاً ، وفي موقع آخر « أجراً للنصب ورد أجرها إلى المالك تطيب له »^(٤٩) . وجاء في حاشية رد المختار لابن عابدين أيضاً ما يلي :

« منافع النصب استوفاهما هو عطلها فانها لا تضمن عندها إلا في ثلاث كذا في الأشباه »^(٥٠) وجاء ، أيضاً في تكملة الحاشية سألته الذكر ما يأتي : « لو نصب داراً معدة للاستقلال أو موقوفة أو ليتيم وسكنتها المستأجر يلزمه المسمى لا أجر انخل قيل له وصل يلزم الناصب الأجر لمن له الدار ؟ فكتبت لا ولكن يرد ما قبض على المالك وهو الأولي : ثم سئل : يلزم المسمى للمالك أم للعائد ؟ فقال : للعائد ، ولا يطيب له بل يرده على المالك . وعن أبي يوسف يتصدق به »^(٥١) .

ونستخلص من كل ذلك . أن المنافع - منافع النصب - لا تضمن عند الاحناف . وهم يجطون الأجرة - أجره المصوب - للنصب لأنه العائد . لكن لا يطيب له الاحتفاظ بها لنفسه . بل يردّها إلى المالك أو يتصدق بها . وهذه الأفكار تتضمن فكرة الالتزام الطبيعي . فهناك التزام في ذمة الناصب بأن يرد أجره المصوب إلى المصوب منه ، وهو للالتزام الطبيعي . فإن رد الأجرة فللمالك أن يأخذها لأنها حقّه . فإذا لم يردّها فانها لا تطيب له ويجب أن يتصدق بها على قول أبي يوسف .

(٤٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار إليه من قبل . ص ٢٨٤ .

عكس ذلك : الحطاب - إذ نصت المادة ١٢٩٤ من مجلة الأحكام الشرعية على منع الإمام أحمد بن حنبل على أن « منافع المصوب مضمونة للشأنية : راجع المذهب للشيرازي . مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٧٤ .

(٤٩) الأشباه والنظائر لابن نجيم . مشار إليه من قبل . ص ٢٨٥ .

(٥٠) حاشية رد المختار لمحمد أمين الشهير بغين عابدين . مشار إليه من قبل ، الجزء

السادس ، ص ٢٠٦ .

(٥١) راجع تكملة حاشية ابن عابدين . وأربعة محاشي رد المختار وتالياً له وهي لنجل

مؤلفها . وقد سبق الإشارة إليه ، الجزء السادس ، ص ٢٠٩ .

الفصل الثاني

التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

EXÉCUTION PAR EQUIVALENT

٤٥ - تمهيد وتقسيم :

رأينا أن المحين إذا لم ينفذ التزامه مختاراً كان للدائن أن يجبره على ذلك ، ولما كان الأصل أن يؤدي المحين عين ما التزم به ، فإن الإجبار ينصب على ذلك الالتزام ويسمى التنفيذ العيني الجبري .

ومر بنا أيضاً أنه ليس كل التزام يصلح للتنفيذ العيني الجبري وإنما يصلح منه لذلك الالتزام المحني دون الالتزام للطبيعي وفي هذا الصدد ذكرنا أن التنفيذ العيني الجبري للالتزام المحني قد يكون مباشراً وقد يتم باستعمال المحين لوسائل غير مباشرة توصله إليه مثل حبس المحين والغرامة التهديدية .

والسؤال الآن : ماذا لو استحال على للدائن إجبار المحين على التنفيذ العيني بصورة مباشرة أو غير مباشرة ؟

اجابة على هذا التساؤل نقول أنه ليس امام الدائن في هذه الحالة سوى اللجوء الى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض * فتمنح التنفيذ العيني أو التأخير فيه يوجب على المحين تعويض الدائن عن ذلك ما لم يتبت ان عدم التنفيذ أو التأخير يرجع الى سبب اجنبي * ونصت على ذلك المادة ٢٩٢ من القانون المدني الكويتي والمادة ١٥ من القانون المدني المصري :

وخلاصة لما تقدم ، وفي سبيل زيادة إيضاحه ، نذكر مرة أخرى بما قلنا ، بخصوص آثار الالتزام * فقد ذكرنا أن الأثر الجوهري للالتزام هو

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 680, p. 702-703.

منمذّه او بعبارة اخرى تنفيذه • وثقلنا ان الأصل في التنفيذ ان يكون اختياريا من المدين • فاذا امتنع ، كان ذلك مدعاة تسمح للدائن باللجوء الى التنفيذ الجبرى او الفهرى • ولذا كان الأصل في التنفيذ الجبرى ان ينصب على ذات الالتزام ويسمى التنفيذ العينى الجبرى – مباشرا أو غير مباشر – فانه اذا استحال على دائن التنفيذ العينى الجبرى بصورتيه كان له ان يجبر المدين على التنفيذ بمقابل • وعن طريق التمويض •

اما وقد تكلمنا عن التنفيذ الجبرى عينيا بصورتيه بقى ان نتناول التنفيذ بمقابل او عن طريق التمويض •

وسوف نعرض له فى النقاط التالية :

أولا : حالات التنفيذ بمقابل او عن طريق التمويض •

ثانيا : شروط التمويض •

ثالث : تفسير التمويض •

ونخصص لكل منها مبحثا •

البحث الأول

حالات التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض

٤٦ - لما كان التنفيذ العيني هو الأصل على نحو ما ذكرنا من قبل ، فإنه يترتب على ذلك بحكم المنطق القول بأن التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض يعد بديلا عنه . وهذا يعني أن حالات التنفيذ بمقابل متحدد إجمالا بالحالات التي لم يفلح فيها الدائن في الوصول إلى التنفيذ العيني ؛

٤٧ - متى يكون التنفيذ بطريق التعويض :

يكون التنفيذ بطريق التعويض ممكنا في عدة حالات نوجزها فيما يلي .

١ - إذا كان التنفيذ العيني مستحيلا بخلط المدين .

٢ - إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن إلا بتدخل المدين شخصيا أو كان على الأقل غير ملائم إلا بهذا التدخل ، ولم تفلح الغرامة التهديدية في الوصول بالدائن إليه ، ولم يكن الأمر ينتج للدائن حق حبس المدين .

٣ - إذا كان التنفيذ العيني موعقا للمدين رغم إمكانه بحيث لا تتناسب الفائدة التي تعود على الدائن منه مع ما يصيب المدين من ضرر من جرأته .

٤٨ - صورتان للتعويض :

يلاحظ أن التعويض الذي يلجأ إليه الدائن كطريق للتنفيذ يتخذ صورة من اثنتين له^(٢) :

(٢) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., ويلاحظ أن وسائل تنفيذ التعويض هي وسائل للتنفيذ الجني . أي التنفيذ الاختياري والتنفيذ الجبري .
ولرجع : المنهوي ، الوسيط ، الجزء الثاني ، مشار إليه من قبل ، رقم ٤٦٠ ، ص ٨٢٥ .

Compensato.res : الصورة الأولى - تمويض عن عدم التنفيذ :

ويفترض فيها أن المدين لم يتم بتنفيذ التزامه أصلا * ويلجأ الدائن - كطريق للتنفيذ - إلى المطالبة بتمويض عن عدم التنفيذ * ويحل هذا التعمويض محل التنفيذ العيني للالتزام ويعتبر تنفيذا للالتزام بمقابل .

moratoires : الصورة الثانية - التعمويض عن التأخر في التنفيذ :

والفرض في هذه الصورة أن المدين قد نفذ التزامه متأخرا * والتأخر في التنفيذ مؤداه - بحسب للمعنى الواسع له - أن المدين لم ينفذ الالتزام الا جزئيا أو نفذ بصورة كاملة ولكن جاء للتنفيذ مبيعا أو نفذ بصورة كاملة دون عيب ولكن بعد الموعد المحدد لذلك .

والفارق بين للصورتين واضح : إذ المدين لم يتم بالتنفيذ كلية في الصورة الأولى بخلاف الصورة الثانية حيث قام المدين بالتنفيذ متأخرا على المعنى المذكور للتأخر * وثمة فارق آخر يمكن ان نضيفه إذ التعمويض في الحالة الاولى يكون عن عدم التنفيذ العيني ومن ثم فانه يعد بديلا له كطريق للتنفيذ المعيني غير موجود وعلى ذلك لا يتصور أن يجتمع هذا التعمويض معه * بخلاف الصورة الثانية وللتعمويض فيها عن التأخر في التنفيذ ومن ثم يتصور وجود التنفيذ المعيني وذلك في حالة ما اذا كان التأخر يعني تنفيذ المدين للالتزام كاملا ولكن بعد الموعد المحدد لذلك * إذ يجتمع - كما هو واضح - التعمويض عن التأخر مع التنفيذ العيني(٢) .

(٢) وينبغي أن يكون واضحا ، أن التنفيذ بطريق التعمويض ليس معناه أن تمويضا مثل هذا يعد التزاما تخيريا أو التزاما بديليا الي جاقب للتنفيذ العيني . فالالتزام ييسق كما هو لا يتغير ، سواء نفذ عينا أو عن طريق التعمويض - كل ما هنالك أن الذي تغير هو محل الالتزام - فبعد أن كان تنفيذا عينيا أصبح تمويضا .

راجع : لسنهوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، شار اليه من قبل ، رقم ٤٠٩ .

المبحث الثاني

شروط التعويض

٤٩ - طائفتان من الشروط :

يشترط لامكان لجوء الدائن الى التنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض طائفتان من الشروط :

الطائفة الاولى - تضم الشروط الموضوعية :

مؤداما عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني مما يؤدي الى اصابة الدائن بضرر وأن يكون الضرر ناتجا عن عدم قيام المدين بالتنفيذ العيني . وفي الحق أن هذه الشروط الموضوعية تمثل شروط المسؤولية المدنية بصفة عامة وهي الخطأ (عدم التنفيذ) والضرر وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر .

لها طائفة الثانية من الشروط - فنحن بها الشروط الشكلية :

ولا تتضمن في الواقع الا شرطا واحدا يتمثل في وجوب قيام الدائن باعذار المدين . ولما كانت الشروط الموضوعية ترجمة لأركان المسؤولية المدنية بصفة عامة ، فإن موقع دراستها يكون في مصادر الالتزام ونحيل بشأنها الى مؤلفات الفقه المتخصصة .

وعلى ذلك سوف نقصر دراستنا هنا على الاعذار باعتباره شرطا شكليا لا يجوز للدائن اللجوء الى التنفيذ بمقابل الا باستيفائه .

٥٠ - الاعذار والغرض منه : *Lamise en demeure*

نصت المادة ٢٩٧ من القانون المدني الكويتي الجديد (م ٢١٨ مدني مصري) على أنه « لا يستحق التعويض الا بعد أعذار المدين » ،

والمدني الواضح للنص يشير باديء ذي بدء الى قاعدة عامة مؤداما أن الاعذار شرط لاستحقاق التعويض . بحيث يتعين على الدائن وهو بسبيل

SAVATIER : op. cit , p. 228, n. 175.

طلب التنفيذ بمقابل او عن طريق التصويض ان يقوم باعذار المدين أولا
اي يطالبه بالوفاء * فاذا لم ينفذ يكون طلب التصويض *

والاعذار اجراء شكلي استلزمه القانون ومن شأنه ان يجعل المدين في
حالة تأخر عن تنفيذ التزامه حيث الغرض الاساسي منه *

٥١ - شكل الاعذار :

يكون أعذار المدين - على حد قول المادة ٢٩٨ مدني كويتي - بانذاره
او بورقه رسمية تقوم مقام الانذار * كما يجوز ان يكون الاعذار باى وسيله
اخرى ينفذ عيبا * فالقاعدة على هذا النحو بخصوص شكل الاعذار تشمل
وجوب ان يتخذ شكل الانذار او ورقة رسميه تقوم مقامه - والانذار
عبارة عن ورقة رسمية توجه من الدائن الى المدين عن طريق مندوب الاعلان
(المحضر) يطالب فيها الدائن من المدين بتنفيذ التزامه * اما بشخصه او فى
موطنه وبمقد ان يتم الاعذار باى ورقة رسمية اخرى تقوم مقام الانذار *
والورقة الرسمية التى تقوم مقام الانذار هى كل ورقة من عذا ائتمن نعلن
الى المدين وتتضمن مطلبته بالوفاء * مثال ذلك صحيفة الدعوى المتضمنه
تكليف ائتمن بالحضور امام المحكمة فى تاريخ معين * وكذلك اعلان السند
النفدي الذى يسبق للتنفيذ (م * ٢٠٤ مرافعات كويتي) *

ونود ان ننبه هنا الى ان القاعدة الواردة فى النص الاول بخصوص شكل
الاعذار والنزى نوجب ان يتخذ شكل الانذار او ورقة رسمية تقوم مقامه
انما هى قاعدة لا تتعلق بالنظام العام * فقد اجاز النص المشار اليه
ان يتم الاعذار باى وسيله اخرى - غير الانذار او ما يقوم مقامه - يتفق
عليها * مثل ذلك الاتفاق على ان يكون الاعذار بخطاب موصى عليه او حتى
بمجرد خطاب عادى(*) *

٥٢ - مدى ضرورة الاعذار :

نقصد بضرورة الاعذار فى اتمام الاول * ماذا كان اشتراط الاعذار
هو امر ضرورى لاستحقاق الدائن تعويضا سوء كان تعويضا عن عدم
التنفيذ او عن التأخير فيه ؟ ام ان ضرورة الاعذار كشرط مقصورة على أحدهما ؟

ولجابة على هذا التساؤل ، فالرأى الراجح فى الفقه ان الاعذار مقصور
على حالة مطالبة الدائن للمدين بتعويض عن التأخير فى التنفيذ * اما التعويض

(٥) راجع فى ذلك ايضا حكم المادة (٢١٩) من القانون الجنى المجرى *

عن عدم التنفيذ فان الدائن يستحقه دون حاجة الى اعذار . وعلة ذلك ان اشتراط الاعذار مبناه التسامح . فقبل قيام الدائن به يفترض انه قد منح المدين ضمنا اجلا للوفاء، ثم اعتبه بالاعذار . وذلك يفترض ان للدائن مطالب بالتصام بتنفيذ بده المدين ومن ثم لا يتصور افتراضه اذا كان للدائن مطالب بالتنفيذ بادى . ذى يد . لامتناع المدين عنه اصلا (٦) .

ونقص بضرورة الاعذار في المقام الثاني . انه اذا كانت القاعدة توجب الاعذار شرطا لا يستحق الدائن التعويض دونه ، فهل الاعذار ضرورى في كل حالة ؟

اجابت على هذا السؤال لجمالاً المادة ٢٩٧ من القانون المدني الكويتي بمولها . لا يستحق التعويض الا بعد اعذار المدين ، ما لم يقض الاتفاق او ينص القانون على غير ذلك . .

والمنسئ اتواضح للنص يؤدى بنا الى القول بان الدائن بمعنى من الاعذار اما بالاتفاق او بنص لقانون .

٥٣ - الاعفاء الاتفاقي من الاعذار :

فانه يكون بالاتفاق على استبعاد القاعدة الواردة في صدر النص السابق والتي توجب اعذار المدين . بحيث يصير المدين معذرا بمجرد طول اجل الالتزام دون حاجه الى اى اجراء .

والاتفق قد يكون صريحا او ضمنيا . وعن الاتفاق للصريح فامره واضح . اما عن الاتفاق الضمني فمثاله ان يشترط في عقد المساولة وجوب انتهاء المداول من عمله في تاريخ محدد . فلذا لم يفته من عمله في التاريخ المحدد كان للدائن ان يطالبه بالتعويض دون اعذار . ذلك ان المدين يعد معذرا بمجرد حلول التاريخ .

٥٤ - الاعفاء القانوني من الاعذار :

فقد تصبحت لبيان حالاته المادة ٢٩٩ من القانون المدني الكويتي وهي حالات استثنائها النص من وجوب اشتراط الاعذار بحيث يجوز للدائن ان يطالب المدين بتعويض دون حاجة الى اعذاره وهذه الحالات هي (٧) :

(٦) ولرجع في هذا المنسئ : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٢٢ ، ص ٢٢٣ .

(٧) ولرجع حكم المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري وقد نصت على هذه الحالات

ايضا .

١ - إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين .
مثال ذلك أن يلتزم المدين بالامتناع عن القيام بعمل ولكنه يقوم به مخالف
الالتزام بالامتناع . فما جدوى الاعتذار هنا وقد غدا التنفيذ العيني للالتزام
غير ممكناً .

ويشترط في هذه الحالة أن يرجع عدم إمكان التنفيذ العيني أو عدم
جدواه إلى فعل المدين . فإذا كان بسبب اجنبى ، انقضى الالتزام ولا محل
للتعويض ومن ثم لا مجال للاعتذار .

٢ - إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع :
والصورة أن شخصاً ارتكب عملاً غير مشروع سبب ضرراً للغير بما ترتب
عليه نشوء مسئولية التقصيرية على عاتقه وتوجب تعويض الضرر . والدائن
(المضرور) إذ يطلب بالتعويض فإنه يطالب به دون حاجة إلى 'عذار المدين' .

٣ - إذا كان محل الالتزام تسليم شئ، يعلم المدين أنه مسروق أو رد
سئ، تسلمه دون حق وهو عالم بذلك .

وتطبيقاً لذلك ، فلو حصل شخص على شئ، دون وجه حق لأنه قام
بسرقته أو كان قد تسلمه من شخص يعلم أنه سارق ، فإنه يجب عليه أن يرده
إلى صاحبه . والا كان لصاحبه أن يطالبه بالرد . وإن يطالبه أيضاً بتعويض
عن عدم الرد دون اعتذار . إذ لا عبرة بأن يتمسك مدين بالرد وهو سئ،
النية بوجود قيام الدائن بأعذاره .

٤ - إذا صرح المدين كتابة أنه لن ينفذ التزامه :

فإذا صرح المدين بأنه لن ينفذ التزامه . كان دليلاً على عفته وبعمده
عدم التنفيذ وليس من المنطق في شئ، في هذه الحالة أن نوجب على الدائن
اعتذار هذا المدين . هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه لما كان لجو،
الدائن إلى التنفيذ بطريق التعويض يتضمن غالباً محاولة للتغلب على عنت
المدين وإصراره على عدم التنفيذ فإن في اشتراط ضرورة الاعتذار حمائية
لمدين متعنت وهذا غير معقول .

وتجدر الإشارة إلى أن تصريح المدين بأنه لن ينفذ التزامه لا يعمل إثراً
في إعفاء الدائن من الاعتذار إلا إذا كان مكتوباً . ومن ثم لا يجوز إثباته بشهادة
لشهود أو القرائن .

٥٥ - مشروع تقييد لحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر
والتنفيذ بمقابل أو عن طريق التعويض :

أولاً - تقرر المادة ٢٢٧ من المشروع المبدأ العام بشأن التنفيذ بمقابل
أو عن طريق التعويض ويجرى نصها على النحو التالي :

« إذا كان تنفيذ الالتزام عينا جبراً على المدين غير ممكن أو غير مجد حكم
عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتحلله ، ما لم يثبت أن عدم التنفيذ قد
نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه . ويكون للحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ
التحله » .

وهذا النص المقترح من المشروع وإن كان يقابل نص المادة ٢١٥ من
القانون المدني المصري الحالي . إلا أنه يتضمن تعديلاً له . والمادة ٢١٥
تنص على ما يأتي

« إذا استحال على المدين أن ينفذ التحله عينا حكم عليه بالتعويض
لعدم الوفاء بالتحله . ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب
أجنبي لا يد له فيه . ويكون للحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التحله » .
وقد فسد بتعديل نص المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري الحالي على
النمو الوارد في نص المادة ٢٢٧ من المشروع أن يشمل حكم النص الأخير حاله
استحاله التنفيذ وحالة عدم جدواه . وهذا ما جاء بالمشروع تعديلاً على
هذا النص .

والنصان يختلفان عن النص المقابل من القانون المدني الكويتي وهو
نص المادة ٢٩٣ وجاء بها « عند تمخر تنفيذ الالتزام عينا ، أو التأخير فيه ،
ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان بسبب أجنبي لا يد له فيه » .
ونبرز مظاهر الاختلاف فيما يلي :

١ - يختلف النص الكويتي سالف الذكر عن نص المادة ٢٢٧ من
ال مشروع . فحكم النص الأخير يشمل على ما رأينا - وعلى حد ما جاء في التطبيق
عليه في المشروع - حالة استحالة التنفيذ وحالة عدم جدواه ، على حين أن
النص الأول لم يواجهه - على الأقل - حالة عدم جدوى التنفيذ .

٢ - يختلف النص الكويتي المشار إليه عن نص القانون المدني المصري
الحالي ونص المشروع والاختلاف من حيث للصياغة . إذ المشرع الكويتي قد
جمع ، وفي صياغة واحدة ، بين التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض
عن التأخر فيه ، بخلاف للنصين المصريين محل المقارنة ، وقد ورد فيهما

حكم التعويض عن عدم التنفيذ أولا ثم جاء حكم التعويض عن التأخر في التنفيذ فيهما بالصيغة الآتية : « ويكون للحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه » .

ولا يفوتني أن أشير إلى أن نص المادة ١٦٢ من قانون التجارة الكويتي الذي عمو الذي يطبق - بخصوص حكم التعويض عن عدم التنفيذ والتأخر فيه والفصل بينهما من حيث الصيغة - النصين المصريين المشار إليهما - أعني المادة ٢١٥ من القانون المدني المصري الحالي والمادة ٢٢٧ من المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات الثانية - وعلى الرغم من كل ذلك - فقد جاء في المشروع المصري تطبيقا على المادة ٢٢٧ منه ، أنها تطابق نص المادة ٢٩٥ من مشروع القانون المدني الكويتي

ثانية - وعن شروط التعويض :

أوجبت المادة ٢٢٩ من المشروع قيام الدائن بإعذار المدين ونصها كالآتي : « لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين » ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ، والإعذار شرط شكلي لاستحقاق التعويض يقوم على جانب نسبي موضوعي كما ذكرنا من قبل . وهذا النص المقترح من مشروع أو كان يطابق المادة ٢٩٧ من القانون المدني الكويتي وتنص على أنه « لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين » ما لم يقض الاتفاق أو نص القانون على غير ذلك ، فإنه يختلف عن النص المقابل من القانون المدني المصري الحالي ويقضى بما يلي « لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين ما لم ينص على غير ذلك » . وواضح أن نص المشروع (م ٢٢٩) قد أضاف عبارة « القانون أو الاتفاق » بعد لفظ ينص . ويبدو بذلك - مع النص الكويتي - أكثر دقة ووضوحا من النص المقابل من القانون المدني المصري الحالي . أعني نص المادة ٢١٨ .

ثالثا - وعن شكل الإعذار :

نصت المادة ٢١٤ من المشروع على ما يأتي : « يكون إعذار المدين بإتداره أو بما يقوم مقام الإنذار ، ما لم يتفق على غير ذلك » . والإعذار يكون - كما عمو واضح - بإنذار المدين أو بما يقوم مقامه . وعلى ذلك فإنه يمكن أن يكون بورصة رسمية تعلن إلى المدين وتتضمن مطلبته بالوفاء ، كما ذكرنا من قبل . مثال ذلك صحيفة الدعوى التضمنة تكليف المدين بالاحضور أمام المحكمة في تاريخ معين .

وهذا النص المقترح من المشروع وأن كان يطابق في الحكم المادة ٢٩٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لنصها من قبل ، فانه جاء بخلافه من حيث الصياغة للنص المقابل من القانون المدني المصري الحالي وهو نص المادة ٢١٩ . وتقتضى بما نأتى : « يكون اعذار الدين مائذله أو بما يقوم مقام الانذار . ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات . كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون المدعى معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر » .

ويبدو للوهلة الأولى النص المقابل من المشروع (م ٢١٤) وقد حذفت منه عبارة « ويجوز أن يتم الاعذار عن طريق البريد على الوجه المبين في قانون المرافعات » وذلك لكتفاء عبارة « أو بما يقوم مقام الانذار » كما استعنى المشروع في نصه عن عبارة « كما يجوز أن يكون مترتباً على اتفاق يقضى بأن يكون الدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة إلى أى إجراء آخر » (١) عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » .

رابعاً - وعن ضرورة الاعذار :

فإن نص المادة ٢٢٩ من المشروع وقد عرضنا له من قبل وأوضح في إمكان الإعفاء منه إما بالاتفاق أو للنص . فالإعفاء من الاعذار إعفاء اتفاقي وقانوني . وعن حالات الإعفاء القانوني من الاعذار فقد تناولها المشروع في المادة ٢١٥ منه إذ قالت : « لا ضرورة لاعذار الدين في الحالات الآتية :

- (أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل الدين .
- (ب) إذا كان محل الالتزام تمويضاً ترتب على عمل غير مشروع .
- (ج) إذا كان محل الالتزام رد شئ، يعلم الدين انه مسروق أو شئ، تسلمه دون حق وهو يعلم بذلك .
- (د) إذا صرح الدين كتابة انه لا يريد القيام بالالتزامه .
- (هـ) إذا نص القانون أو لتفق الطرفان على عدم لزوم الاعذار .

(٨) يلاحظ أن هذه العبارة من المادة ٢١٩ من القانون المدني المصري بخصوص اعتبار الدين معذراً بمجرد حلول الأجل قد وردت في البند (١) من نص المادة ٢٩٩ من القانون المدني الكويتي وجاء بشأنها في مذكرته الإيضاحية أنها بمثابة حالة إعفاء اتفاقي من الإذلال .

وهذا النص المقترح من المشروع وإن كان يطابق النص المقابل من القانون المحلي المصري الحالي وهو نص المادة ٢٢٠ ، إلا أن النص الأخير مد خلا من البند (هـ) الذي أضيف إلى نص المشروع كما هو واضح .

وإضافة البند (هـ) إلى نص المشروع سالف الذكر انمسا ينير التساؤل والمادة ٢٢٩ من المشروع تنص على أنه « لا يستحق التعويض إلا بعد اعدال الدين » ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ، ويلاحظ أن حالات الاعفاء القانوني من الاعذار قد تضمنتها المادة ٢٩٩ من القانون المدني الكويتي والمادة وإن كانت تطابق - بشأن هذه الحالات - المادة ٢١٥ من المشروع كما تطابق المادة ٢٢٠ من القانون المدني المصري الحالي - يبقى أن نبرز خلو هذا النص للكويتي - مثل نظيره من القانون المدني المصري الحالي - من البند (هـ) ورد بنص المشروع .

وبعيد كل ما تقدم ، تجدر الإشارة إلى أن المشروع قد أورد نص المادة ٢١٤ منه بخصوص كيفية الاعذار وكذا المادة ٢١٥ بخصوص حالات الاعفاء القانوني من الاعذار في الفصل الأول منه (أحكام عامة) وذلك بخلاف النصوص المقابلة من القانون المدني المصري الحالي والقانون المدني الكويتي وقد وردت تحت عنوان « للتنفيذ بطريق التعويض » ويرد ضمن أحكام الفصل الثاني من الباب الثاني من القانون الأول ، بينما ورد في الثاني نحت « البند ثانيا » من لفصل الأول من الباب الثاني .

البحث الثالث

تقدير التعويض

٥٦ - التعويض القضائي والتعويض الاتفاقي :

الأصل ان القضاء يختص بالفصل في المنازعات المتعلقة بالتعويض حيث يقوم القاضي بتقدير التعويض ليقال انه تعويض قضائي * ولكن ليس ثمة ما يمنع اتفاق الدائن والمدين ومقحما على مقدار التعويض الذي يحصل عليه الدائن حال عدم التنفيذ أو التأخير فيه * ليقال انه تعويض اتفاقي ويسمى الشرط للجزائي *

ونعرض لذلك تباعاً في مطلبين على التوالي :

المطلب الأول

التعويض القضائي

٥٧ - تمهيد وتقسيم :

إذا لم يتم المدين بالتنفيذ العيني أو تأخر فيه كان للدائن ان يطالبه بتعويض ولكن ان يتمتع المدين عن أداء هذا التعويض فامتناع من لجوء الدائن الى القاضي لاستصدار حكم بذلك * وفي هذا تنص المادة ١/٣٠٠ من القانون المدني الكويتي على ما يأتي : « تقدر المحكمة التعويض اذا لم يكن مقدراً في العقد او بمقتضى نص في القانون » (٩) *

ولما كانت دراسة التعويض بصفة عامة والتعويض القضائي بصفة خاصة تدخل ضمن دراسة المسؤولية المدنية كما ذكرت عند تناول شروط التعويض فاننا نحيل مرة أخرى في هذا الشأن الى المراجع المتخصصة في المسؤولية المدنية *

وعلى ذلك نقصر دراستنا للتعويض القضائي على الامس التي يعتمد عليها القاضي في تقدير التعويض .. هذا من ناحية .. ومن ناحية أخرى نتناول في عجلة انواع التعويض *

(٩) والنص يطبق ما جاء به المادة ١/٢٢١ من القانون المدني المصري إذ قالت :

« اذا لم يكن للتعويض مقدراً في العقد او بنص القانون فلا تقضى هو الذي يقدره » *

وعن أسس التعويض للتضام ، فإن القاضي يأخذ في اعتباره وهو بسبيل تقدير التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما غاته من كسب على حد قول أنسادة ٢/٢٠٠ من القانون المدني الكويتي .

ومفهوم ذلك أن التعويض يكون عن ضرر أصاب الدائن وينحدد هذا الضرر بما لحقه من خسارة ومافاته من كسب^(١٠) .

وتطبيقا لذلك ، فإنه إذا تقاعد صاحب مصنع عن توريد بضاعة الى أحد التجار ولم يف بالقرضه مما دفع التاجر الى شراء البضاعة من مكان آخر بتمن مرتفع كان للتاجر باعتباره دائنا لصاحب المصنع أن يطالبه بتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك ، ويشمل التعويض :

١ - ما لحق الدائن من خسارة مثله في التفرق بين من انخدعه الخفق عليه في العقد وثمن شرائها من مكان آخر .

٢ - مافات الدائن من كسب . ويتمثل فيها كان يحضنه من ربح من صفقات ضاعت عليه في سعيه لشراء البضاعة من مكان آخر .

ويلاحظ انه يشترط لكي يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة ومافاته من كسب . أن يكون هذا الكسب وتلك الخسارة نتيحة طبيعية نعم للوما بالالتزم أو المتأخر فيه وتكون كذلك اذا لم يكن في اسنطاعة الدائن أن يتوفاها ببخل جهد معقول (م . ٢/٣٠٠ مكي كويتي - ١/٢٢١ مكي مصري) .

ويجدر بنا أن نشير هنا الى موقف الفقه الإسلامي . فقد ذهب المرحوم الدكتور السنهوري الى القول بأنه ، ويشترط في الضمان أن يكون المضمون مالا متقوما في ذاته وأن توجد المائلة بينه وبين المال الذي يعطى بدلا عنه . فلا تعويض عن المنافع ولا عن العمل الا في حالات استثنائية محدودة . ويضيف : « ومن باب أولى لا تعويض عن أي خساره تحملها الدائن لو عن أي ربح فاته »^(١١) .

SAVATIER : op. cit., n. 280, p. 341.

(١١) السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، الجزء السادس ، المجمع العلمي العربي الإسلامي ، منشورات محمد الداية ، بيروت ، ص ١٦٨ .

ويكتفي في الرد على ذلك ، أن نستشهد بما خلصت إليه هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية - في مجال للشرط الجزائي - من أنه ، لذا كان للشرط الجزائي كثيراً عرفاً بحيث يراد به للتعهد المالي ويكون بعيداً عن مقتضى القواعد الشرعية فيجب الرجوع في ذلك إلى العدل والإنصاف على حسب مقتضى المنفعة أو لحق من مضره (١٧) -

٥٩ - نوعا الضرر :

ويتخذ الضرر المطلوب تمويضه إما صورة الضرر المادي أو الضرر الأدبي . والضرر المادي هو ضرر يصيب للدائن في مصلحة مالية بخلاف للضرر الأدبي الذي يصيب المضرور في مصلحة غير مالية كان يصيبه في سمعته أو كرامته أو شرفه أو شعوره .

ولذا كان التمويض عن الضرر المادي ليس محلاً لأي شك ومن ثم لا يحتاج إلى نص ، فقد ثار الخلاف حول تمويض الضرر الأدبي ، وجاء نص المادة ٣٠١ من القانون المدني الكويتي قاطعاً في شمول التمويض للضرر الأدبي . (م ٢٢٢ / ١ مدني مصري) .

وننبه في هذا الصدد إلى أن جواز تمويض للضرر الأدبي ليس مطلقاً . إذ يقتيد أولاً بما جاء في المادة ٣/٢٣١ مدني كويتي ويقضي بعدم جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي للناسي عن الوفاة إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثالثة (١٢) ويتقيد ثانياً بما جاء في المادة ٢٢٢ مدني كويتي ويقضي بعدم انتقال الحق في التمويض عن الضرر الأدبي سواء بالحوالة أو الميراث إلا إذا تحددت قيمته بنص أو اتفاق أو كان للدائن قد طالبه به أمام القضاء (١٤) .

(١٢) بحث عن الشرط الجزائي . مجلة البحوث الإسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث الطبية والافتاء ، هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية - المجلد الأول - العدد الثاني ، ص ١٤٠ - ١٤٢ .

(١٣) راجع في هذا الصدد حكم المادة ٢/٢٢٢ مدني مصري وهو مماثل في الحكم .

(١٤) ويتقضى للمادة ١/٢٢٢ مدني مصري . بعدم انتقال الحق في التمويض عن الضرر الأدبي للغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طلب للدائن به أمام القضاء .

- وللمرجع :

وفي التعيين السابقين ما يفيد اختلاف الضرر المادي عن الأذى من حيث شمول التعويض لهما • هذا إضافة الى اختلاف بينهما من حيث الطبيعة كما ذكرت منذ قليل •

ويتم تقدير التعويض تبعاً لقيمة الضرر وقت الحكم به سواء كان يزيد أو يقل عن قيمته وقت الإخلال بالالتزام •

٦٠ - التعويض النقدي والعيني :

والتعويض الذي يحكم به للقاضي قد يكون تعويضاً نقدياً وقد يكون عينياً • والأصل أن يكون نقدياً • ولكن يمكن تصور التعويض من طبيعة عينية غير نقدية • مثال ذلك امتناع تاجر للسيارات عن تسليم السيارة للمشتري فيحكم عليه القاضي بتسليم سيارة أخرى • وهنا ننبه الى غارق يجب أن يكون بارزاً بين التنفيذ العيني والتعويض العيني • ففي التعويض العيني يحكم للقاضي بحصول الدائن على شيء آخر غير الشيء الذي التزم به الدائن بخلاف التنفيذ العيني حيث يحكم للقاضي بحصول الدائن على عين ما التزم به المدين •

وبلاظ أنه لما كان التعويض النقدي هو الأصل فإنه لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتعويض العيني ما لم يطلبه الدائن • فإذا طلبه الدائن فإن القاضي غير ملزم بالحكم له به وله أن يحكم بتعويض نقدي فهو الأصل • ولكن إذا كان الدائن قد طلب التعويض للنقدي فلا يجوز للقاضي الحكم بالتعويض العيني الا بموافقة •

٦١ - لحكام التعويض القضائي كما وردت بمشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر :

تعرض المادة ٢٣٠ من المشروع للأصل العام في تقدير التعويض أو التعويض للقضائي ، حيث تقديره المحكمة وفقاً لضوابط أو أسس معينة • والمادة يجرى فيها على النحو التالي :

١ - إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو ينص في القانون ، فالقاضي هو الذي يحدده ويشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وموافاته من كسب بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير

في الوفاء به . ويعتبر للضرر نتيجة طبيعية إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

٢ - ومع ذلك ، إذا كان الالتزام مصدوره للمقد فلا يلتزم الدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأ جسيماً إلا بتعويض للضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد .

هذا النص المقترح من المشرع يطابق تماماً نص المادة ٢٢١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق أيضاً نص المادة ٣٠٠ من القانون المدني الكويتي ، التي استمدت حكمها أصلاً من النص المصري الحالي سالف الذكر . وقد عرضنا لهما من قبل .

ولما كانت دراسة التعويض بصفة عامة والتصويض القضائي بصفة خاصة تدخل في دراسة المسؤولين المدنية كما أوضحنا من قبل ، فإننا نكتفي هنا أيضاً بالاحالة إلى المراجع المتخصصة في هذا الشأن .

ومع ذلك فإننا نستخلص من نص المشروع مسالف للذكر أسس أو ضوابط تشهير التعويض القضائي ، وتتمثل فيما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب على ما أوضحنا سلفاً . ويشترط لكي يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب أن يكون هذا الكسب الفائت وتلك الخسارة نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخر فيه . والضرر إذ يتحدد بما فات من كسب وما لحق من خسارة يكون نتيجة طبيعية - على النحو المذكور في النص - لذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول .

وتناولت المادة ١٨٤ من المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية حكم التعويض عن الضرر الأدبي في ثلاث فقرات . والجديد في هذا الحكم ما جاءت به لفقرة انشائية من النص المذكور إذ قالت : « ويبذل للحق في التعويض إلى الورثة ، ما لم يثبت نزول الضرر عنه ، ولكن لا تجوز حوائله إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق أو طالب الدائن أمام القضاء » .

وهذه الفقرة تقابل للفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من التقنين المدني المصري الحالي ، كما تقابل المادة ٢٣٢ من التقنين المدني الكويتي .

ولكن يبقى حكم المشروع متميزاً عنهما بما يأتي : إذ أن لانتقال الحق في التعويض عن الضرر الأدبي إلى الورثة لم يقيّد في هذا المشروع بتحديد هذا الحق بالاتفاق أو رفع الدعوى وإنما يتوقف على عدم نزول الضرر عنه .

المطلب الثاني
التعويض الاتفاقي
الشرط الجزائي
LA CLAUSE PENAL

٦٢ - تقسيم :

لقد تضمنت المادة ٣٠٢ من القانون المدني الكويتي (مادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري) مبدأ جواز الاتفاق مقصدا على تحديد التعويض المستحق للدائن حال لخلال للدين بالالتزام وهو المبروف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي . ونقتاول تعريف هذا الشرط ، ثم نحدد نطاقه ، وبعد ذلك نبين سلطة القاضي حياله ثم نوضح حكمه في الفقه الاسلامي .

٦٣ - تعريف الشرط الجزائي :

٥٠ - الشرط الجزائي عبارة عن بند في عقد يتضمن تحديدا للجزاء المترتب على الاخلال بالالتزام وذلك بتحديد التعويض المستحق للدائن لدى المدين عن هذا الاخلال فهو تحديد لتفاقي للتعويض يتم مقصدا .

وحيثما نقول في تعريف للشرط الجزائي بأنه بند في عقد ، فان دفاذ ذلك أن يتفق للطرفان عليه اما في العقد الأصلي أو في لتفاقي لاحق . ويشترط في جميع الأحوال أن يتم للتراضي عليه قبل وقوع الاخلال . ويلاحظ أن الاتفاق على الشرط الجزائي هو لتفاقي تابع للعقد المدني ، للالتزام أصلا . ومن ثم لا يمكن وصفه بالاستقلال ولو ورد الاتفاق عليه في لتفاقي لاحق .

وشمة خطأ يتمين تجنيه بين للشرط الجزائي والبريون * فالبريون عبارة عن مبلغ يدفعه أحد المتعاقدين للآخر وقت ابرام للعقد ويفيد أن لكل من

CARBONNIER : op. cit., n. 79. p. 284 - 286.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 543 - 592, p. 590 - 592.

V. aussi : BÉGUIN (J.) : « Clause Pénal », Rép. de dr. civ.,

1878, t. 2.

طريقه خيار العدول عنه مالم يظهر أنهما قصداً غير ذلك أو كان المرفق يقضى بخلافه (م - ٧٤ مدني كويتي - م - ١٠٣ مدني مصري) *

فإذا عدل من دفع العربون فقصده وإذا عدل من قبضه للتعزم برده ودفع مثله وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على المعدل من ضرر .
وللغارق الأول بين العربون والشرط للجزائي يتعمل في أن للضرر شرط جوهري لاستحقاق مبلغ الشرط الجزائي بخلاف العربون إذ لا قبية لوجود للضرر من عهده في دفعه أو رده بمناسبة للعدول *

ويمكن أن نصيف فارقا آخر ، فإذا كان الشرط الجزائي عبارة عن بند في عقد فانه قد يدرج في العقد الأصلي الذي ينشئ الالتزام على عاتق الدين وقد يكون في اتفاق لاحق . أما العربون فان دفعه يكون وقت إبرام العقد ولا يتصور دفعه بعد ذلك . لان دفعه بعد إبرامه لا يستجيب للفرض المحدد في النص للعربون . إذ الفرض منه دلالة للعدول لا البتة .
فيفيد أن للطرفين حق للعدول مما ينبغي عن أن العقد لم يبرم نهائياً . ويجوز بنا أن نشير أيضاً إلى اختلاف الشرط الجزائي عن الغرامة التهديدية^(١٦) .

فالشرط الجزائي اتفاقي بخلاف الغرامة التهديدية وتكون بحكم القاضي .
صداً من جهة ، ومن جهة ثانية ، فالمعيار في الشرط للجزائي يتعمل في قدر ما لحق للدائن من ضرر ومن ثم لا يستحق للتعويض المتفق عليه في نطاقه إذا أثبت الدين أن الدائن لم يلحقه ضرر . أما الغرامة التهديدية ، فالمعيار فيها - كما ذكرنا من قبل - المركز المالي للمدين وما يديه من تعنت . ومن جهة ثالثة ، فان الشرط للجزائي يكون نهائياً بحسب الأصل . وقولنا بحسب الأصل حتى لا يتعارض ذلك مع سلطة القاضي حياله . أما الغرامة التهديدية فالحكم بها يكون مؤقتاً ولا يقبل للتنفيذ باعتباره حكماً في ذاته . إضافة إلى ما تقدم ، ومن جهة خامسة ، نجد للغرامة التهديدية وسيلة غير مباشرة للتنفيذ العيني ، أما للشرط الجزائي فلا علاقة له بالتنفيذ العيني *

٦٤ - نطاق الشرط الجزائي والحكم المستحدث في القانون المدني الكويتي :

لقد احسن المشرع المدني الكويتي صفحا عندما حرص على أن ينص في المادة ٣٠٢ على المجال الذي يصح فيه الاتفاق مقدما على مقدور التعريض

(١٦) راجع : السنيوري ، الوسيط ، الجزء الثاني ، مشار إليه من قبل ، رقم ٤٩١ .

وتمثل في الحالة التي لا يكون فيها محل الالتزام مبلغاً نقدياً * أذسل : * إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً لتعويض في المقد أو في اتقاق لاحق * .

وعلة ذلك أنه إذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ نقدي فإن الاتفاق على تعويض عند اخلال المدين باللتزامه هو اتفاق على فائدة وفيه خروج على للشريعة ولا يمكن قبوله * أما لذالم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود فالاتفاق على تقدير تعويض يلتزم به المدين عند اخلاله باللتزامه يعد صحيحاً عند جمهور فقهاء المسلمين ولا يبطل الا عند الشافعية^(١٧) .

وواضح أن النص المدني الكويتي يتفق مع أحكام الفقه الاسلامي^(١٨) . وإن هناك من القوانين المدنية العربية ما يخالفه في حكمه بشأن تحديد نطاق ومجال للشرط الجزائي * وعلى سبيل المثال فقد اجازت المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري الاتفاق مقدماً على تقدير التعويض عن الاخلال بالالتزام أي كان موضوعه ، دفع مبلغ نقدي أو غيره ، كما لو تمثل موضوع الالتزام في القيام بعمل أو امتناع * ويكون بذلك قد فتحت الباب أمام الفوائد بتوسيع نطاق الشرط الجزائي وشموله بالالتزام بدفع مبلغ نقدي * وهذا يخالف الشريعة الاسلامية * .

٦٥ - سلة للقاضي ازاء الشرط الجزائي :

لما كان الشرط الجزائي تقديراً لتفاقياً للتعويض فإنه يخضع في استحقاقه لشروط استحقاق التعويض بصفة عامة * وتمثل هذه الشروط في وجوب توافر أركان المسؤولية المدنية من خطأ وضرر وعلاقة سببية * فإذا توافرت حكم القاضي على المدين بدفع التعويض المتفق عليه * اذ انعقد شريعة المتعاقدين ويحب لكماله * .

وتجدر الإشارة بهذه المناسبة الى المادة ٣٠٢ مدني كويتي وقد نصت في صدرها على أنه : لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً اذا ثبت للمدين أن الدائن لم يلحقه ضرر * * (م ١/٢٢٤ مدني مصري) * ومعنى ذلك أن الاتفاق على التعويض يبقى على ركن للضرر فلا يحكم بالتعويض اذا لم

(١٧) ، راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي .

(١٨) وقد نص الشروع المدني الكويتي صراحة على بطلان الفوائد في المادة ٣٠٥ . وهو ما أخذ به مشروع تقدي أحكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية في مصر في المادة ٢٣٤ كما سنرى * .

يترتب على إخلال المدين بالتزامه أي ضرر للدائن^(١٩) ولكن يظهر أثر الاتفاق على تقدير التعويض فيما يتعلق بركن الضرر في مجال الاتبات • إذ لا يكلف الدائن بتبيلات وجود الضرر بل يفترض حصول ضرر ما وفقا لما قدره المتأخذان • فإذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر فيكون أحد أركان المسؤولية قد تخلف وبالتالي لا تحكم بالحكمة بأي تعويض • أما إذا لم يثبت المدين ذلك ولكنه أثبت أن للضرر الحادث أقل من التعويض جاز للقاضي أن يخفف التعويض أما إذا ادعى الدائن أن الضرر الذي لحقه يزيد على قيمة التعويض ، عليه أن يثبت ذلك ويجوز للقاضي أن يزيد التعويض •

وسلطة القاضي في تخفيض قيمة التعويض في حالتين^(٢٠) (م ٢٠٣ مدني كويتي - م ٢/٢٢٤ مدني مصري) •

١ - إذا أثبت المدين أن تقدير التعويض كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة • فلا يكفي أن يثبت أن الضرر الواقع فعلاً أقل من المتفق عليه •

٢ - إذا أثبت المدين أن الالتزام قد نفذ في جزء منه • إذ المفروض أن التقدير اتفق على التعويض كان عن عدم التنفيذ الكلي •

٥٤ - أما عن سلطة القاضي في زيادة التعويض فانها مشروطة بأن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً • ولة ذلك أن الاتفاق يتضمن اتفاقاً على الاعفاء من المسؤولية عما وقع من ضرر زائداً عن قيمة التعويض • والأصل أن هذا الاتفاق يعتبر صحيحاً ويعمل به إلا في حالة غش المدين أو خطئه لجسيم^(٢١) •

٦٦ - أحكام التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولاً : تضمنت المادة ٢٣١ من المشروع بشأن جواز الاتفاق مقحماً على تقدير التعويض المستحق للدائن حال إخلال الدين بالتزامه وهو

BEGUIN : op. cit., n. 3.

(١٩) راجع :

(٢٠) راجع في الفقه الفرنسي أيضاً : MAZEAUD : op. cit., n. 641, p. 609

(٢١) الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي الجديد ، ص ١٧٨ - ١٧٩ - راجع

أيضاً المادة ٣٠٤ مدني كويتي ، والمادة ٢٢٥ مدني مصري وحكمها مماثل •

المعروف بالتعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي • والمادة نصها كالآتي :
« يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق » •

وهذا النص المقترح في المشروع يطابق المادة ٢٢٢ من القانون المدني المصري للحالي ونصها كالآتي : « يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة التعويض بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق ، ويراعى في هذه الحالة أحكام المواد من ٢١٥ إلى ٢٢٠ » •

وعلى الرغم من القول بالتطابق بين النصين ، فإن ما ينبغي أن يلاحظ أن المشروع قد أغفل في النص المقترح الإشارة إلى أحكام المواد الخاصة باستحالة للتنفيذ لسبب اجنبي وسلطة القاضي في نقصان التعويض إذا كان المضرور قد اشترك بخطئه في أحداث الضرر والاتفاق على زيادة عبء المسؤولية أو للتخفيف منه ، والاعتذر • لأنه فيما عدا الأحكام التي وردت في خصوص التعويض الاتفاقي ، فإن هذا التعويض يخضع للأحكام ذاتها التي تسري على تعويض يقجره للقاضي •

ويقابل المادتين في القانون المدني الكويتي ، المادة ٣٠٢ وقد عرضنا لها من قبل • ويهنا هنا أن نبرز اختلافها عن نص المشروع والنص الحالي للقانون المدني المصري سلفي الذكر • وقد هنا إلى هذا الاختلاف من قبل بخصوص النص المصري الحالي فإننا نكتفي بالقول : بأن النص الكويتي قد حدد نطاق الشرط الجزائي بالحالات التي لا يكون فيها محل الالتزام مبلغاً نقدياً • وذلك بخلاف النصين المصريين • والنص الكويتي أكثر دقة في صياغته حيث يقطع الطريق على للفوائد الربوية التي تحرمها شريعتنا الفراء • ومع ذلك يجب أن يلاحظ - بصدد الاختلاف المنوه عنه - أن المشروع قد استحدث نصاً يقضي بتحريم للفوائد الربوية نزولاً على أحكام الشريعة الإسلامية ، وهو نص المادة ٢٣٤ وجاء على النحو الآتي :

١ - يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو التأخير في الوفاء به •

٢ - وتعتبر فائدة مستترة كل عمولة أو منفعة إما كان نوعها ، لشرطها للدائن ، إذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون للدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة •

وليس من شك في أن واضح المشروع قد أحسن صنعا باستحداث هذا النص ، أعلاء لشريعة الله . والنص إذ يحرم الفوائد الربوية ، فإنه يفرغ الاختلاف الذي أشرنا إليه بين نص للمشروع (م ٢٢١) والنص المدني الكويتي (م ٣٠٢) بخصوص نطابق للشرط للجزائي من كل قيمة ويجتبه عقيم الأهمية .

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن النص المستحدث من المشروع الذي يقضي بتحريم الفوائد الربوية صراحة (م ٢٢٤) إنما يطابق تماما المادة ٣٠٥ من القانون المدني الكويتي .

ثانيا : لما كان للشرط للجزائي يخضع في استحقاقه لشروط المسؤولية المدنية ، فقد أبقي المشروع على ركن للضرر ، فلا يحكم بالتعويض إذ أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أي ضرر . وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٢٢٢ من المشروع ، وتطابق للفقرة الأولى من المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري الحالي كما تطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدني الكويتي بالحكم للولود في صدرها ، وقد أشرنا إلى ذلك من قبل .

ثالثا : وعن سلطة للقاضي إزاء للشرط للجزائي ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٢٢ من المشروع على سلطة القاضي في خفض قيمة التعويض « إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاه إلى درجة كبيرة ، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه » . ونص هذه الفقرة يطابق للفقرة الثانية من المادة ٢٢٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٠٣ من القانون المدني الكويتي بالحكم الذي جاء في عجزها .

أما عن سلطة للقاضي في زيادة التعويض المتفق عليه ، فقد نصت المادة ٢٢٢ من المشروع على أنه « إذا جاوز للضرر قيمة التعويض المتفق ، جاز للدائن أن يطالب بأكثر من هذه للقيمة » ، وهذا النص المقترح من المشروع يقابل المادة ٢٢٥ من القانون المدني المصري الحالي ، والمادة ٣٠٤ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لهما من قبل . وتجدر الإشارة إلى أن زيادة التعويض مشروطة صراحة في النصبين الأخيرين بأن يثبت الدائن أن المدين قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما . وقد ألقنا إلى ذلك وعلمته من قبل .

وأبما : ونلاحظ أخيرا ، أن المشروع قد استحدث المادة ٢٣٥ وتنص على أنه « إذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من اللقود ، وتأخر المدين في الوفاء به ، جاز للدائن أن يطالب بتعويض للضرر الذي لحقه بسبب هذا التأخير » . وجاء في المشروع تطبيقا على هذا النص أن للشريعة الإسلامية

لا تنبئ انتعويض عن الضرر الذي يلحق لادائن في مثل هذه الحالة . وهذا لنص المقترح من المشروع يقابل المادة ٣٠٦ من القانون المدني انكويتي ونصها كالاتى : « اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، ولم يفهم الدين بلوفاء به بعد اعداره ، مع قدرته على الوفاء ، وثبتت الدلائل انه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مانوف ، جاز لمحكمة ان تحكم على الدين بتعويض تراعى فيه منصفيات المعدل » . ووضح ان النص انكويتي يختلف عن نص اسرود خاصه بانسبه بفكرة الضرر غير المألوف .

٦٧ - موقف الفقه الاسلامي من انشراط الجزائي :

الشرط للجزائي لم يكن معروفا بهذا الاسم لدى فقهاءنا الاقدمين ، وإنما جاء ذكره في صيغ مسائل فقهية . ولعل اول وجود له في الفقه الاسنمي ما رواه البخاري في صحيحه بمسند عن ابن سيرين ان رجلا قال لكرهه : اخذ ركابك ، فان لم ارجل معك يوم كذا أو كذا فلك مائة درهم . ثم يخرج ، فقال شريح : من شرط على نفسه طائعا غير مكره فهو عليه . فهذه احسان صريحة في انها من انواع الشروط الجزائية^(٢٢) . ويظهر لنا من مؤلفات احمد بن حنبل في الفقه الاسلامي ان فكرة انشراط الجزائي ليست غريبة عنه وبصفة خاصة لدى المالكية .

فقد نقل احدثهم عن الخطاب قوله : « واما اذا التزم انه اذا لم يوف حقه في وقت كذا فعليه كذا وكذا لفلان أو صدقه للصالحين » فالمشهور انه لا يتضى به كما تقدم وقال ابن ديناير يتضى به ، ويضيف أن للشيخ الخطاب قرر ان هذا الالتزام في ذاته - أي للشرط للجزائي - صحيح يجب الوفاء به . ويصل من ذلك - بحق - الى ان المالكية يصححون للشرط الجزائي الا اذا كان منفضيا الى الربا^(٢٣) .

(٢٢) راجع : مجلة البحوث الاسلامية - للجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء : بحث في الشرط للجزائي - هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية ، مشار اليه من قبل ، ص ٦١ ، ١٢٩ .

(٢٣) راجع الشيخ زكي الدين شحان في رسالته التي حصل بها على شهادة المالية في نظرية الشروط المتترنة بالمعد في الشريعة والقانون . للطبعة الاولى ، ١٩٦٨ ، القاهرة ، ص ١٦٢ - ١٦٤ ، راجع ايضا في للشرط للجزائي في الفقه الاسلامي : مصطفى الزرقاء ، المدخل للفقه للعام رقم ٢٨٦ ، ص ٧١٢ - ٧١٤ .

وقد جاوز الحنابلة الشرط الجزائي • ففي إطار تقسيم الشروط انقسمت
بالعقد عندهم الى شروط صحيحة فاسدة ، ولا يتسع المجال لمعرضها^(٢٤) ،
نجد ان شرط الجزائي يقع ضمن الشروط للصحيحة ، وعلى وجه الدقة فانه
يندرج تحت نوع منها هو الشروط التي تحقق مصلحة للعاقدين ، ووجه
المصلحة ان الشرط الجزائي حافظ لمن اشترط عليه أن ينجز لامتداد حقه ومساعد
له على الوفاء بشرطه ، فكان شعبيها باسئراط انوعم والكفيل في الوفاء كصاحب
الشرط • وعلى ذلك فالشرط الجزائي يرتبط بالعقد حيث أنه تقدير للضرر
للتوقيع حصوله في حالة عدم الوفاء بالالتزام^(٢٥) •

وقد خلاص الرأي في هيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية
وبالاجماع الى أن الشرط للجزائي الذي يجري اشتراطه في العقود شرط
صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الاخلال بالالتزام الموجب
له يعتبر شرعا فيكون للعقد مسقطا لوجوبه حتى يزول • وإذا كان بشرط
الجزائي كثيرا عرفا بحيث يراد به التهديد المالي ويكون بعيدا عن مقتضى انقواء
لشرعية فيجب الرجوع في ذلك الى العمل والانصاف على حسب ما فات من
منفعة أو لحق من مضرة • ويرجع في تقدير ذلك عند الاختلاف رأى الحاكم
الشرعي عن طريق أهل الخبرة والنظر^(٢٦) •

(٢٤) راجع للقواعد النورانية للفتية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، دار المعرفة ،
بيروت ، ص ١٣٦٩ ، ص ١٨٤ ، وما بعدها •• وراجع عرض لتسام للشروط في المذهب المختلفة
بحثنا عن شرط المسح من التصرف بين الشريعة والقانون •

(٢٥) بحث عن الشرط الجزائي لهيئة كبار العلماء بالملكة العربية السعودية في مجلة
البحوث الاسلامية ، مشار اليه فيما سبق ، ص ١٣٤ •

(٢٦) راجع بحث هيئة كبار العلماء المشار اليه والرأي في تصنيف الشرط الجزائي
وابسانيه ، ص ١٤٠ - ١٤٢ •

ولرجع ايضا ، تعميم معالي وزير العدل في المملكة العربية السعودية رقم ١٣/٦٠هـ
وتاريخ ١٣٩٥/٣/٢٦ حول قرار هيئة كبار العلماء المتضمن أن الشرط للجزائي الذي يجري
اشتراطه في العقود صحيح معتبر يجب الأخذ به ما لم يكن هناك عذر في الاخلال
بالالتزام الموجب له يعتبر شرعا فيكون العذر مسقطا •

ومخلص للتعميم على هذا النحو ، منشور في ضعوة الأنظمة واللوائح والتطبيقات
التي تصدرها وزارة العدل • فهرس للتعليم الصادر بتوقيع معالي الوزير الموجودة
بإدارة الوثائق والبحوث • ص ٤٠ من المجموعة •

الفصل الثالث

وسائل ضمان التنفيذ

٦٨ - حق الضمان العام ووسائل حمايته :

عرضت المادة ٣٠٧ مدنى كويتى (٢٢٤ مدنى مصرى) للضمان العام للدائنين ويقصد به ان لكل دائن أن يستوفى حقه جبرا عن الدين بالتنفيذ على أمواله . وتظهر عمومية هذا للضمان من ناحيتين : الأولى ومؤداها ان جميع أموال الدين تضمن للوفاء بحق الدائن . لذي يجوز له أن ينفذ على أى مال يوجد فى ذمة الدين وقت التنفيذ سواء اكان موجودا وقت نشوء الحق الذى يراد استيفاءه جبرا أو وجد فى ذمة الدين بحد نشوء الحق^(١) . الثانية : وتظهر فيها عمومية الضمان على معنى انه لا يخص دائن واحد وإنما هو ضمان مقرر لكل الدائنين ومؤدى ذلك المساواة بينهم فيه مما يؤدى الى قسمة الغرماء فى حالة تعددهم والدين واحد . ويلاحظ ان المساواة تقوم بين الدائنين الهاديين دون غيرهم أصحاب حقوق تخولهم التمتع والتقمع .

وليس من شك فى أن للدائن مصلحة فى المحافظة على الضمان وتقويته . ولذا شرع من الوسائل ما هو كفايل بتمكين الدائن من التتطلب على ما من شأنه ان ينقص أو يضعف هذا للضمان فقد يمتنع الدين عن استعمال حقوقه تجاه الغير مما يضر بحق الدائن لأن ذلك يجعل هذه الحقوق بضاي عن الضمان العام . كذلك قد يقوم الدين بالتصرف فى أمواله . بقصد الاضرار بدائنه مما يؤدى الى اخراج المال محل التصرف من نطاق للضمان العام للدائن ومن ثم الى انقلاصه . فوق كل ذلك قد يتسبب الدين فى اضرار الدائن بأن يصل - نتيجة لتصرفاته - الى وضع تكون فيه ديونه أكثر من حقوقه ويوصف بأنه مصر . هذا فضلا عما يهدد الدائن من خطر الصورية فى التصرفات .

(١) يجب ملاحظة ما نص عليه القانون الحنى الكويتى فى المادة ٢٤٩ من أن الحق فى الدية لا يدخل فى ضمان العام للدائن .

وقد نصت المادة ٢٢٦ من الشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية فى المعاملات المالية على للضمان العام . ومى تطبيق للمادة ٢٢٤ من القانون الحنى المصرى الحالى . كما تطبق المادة ٣٠٧ من القانون الحنى الكويتى .

لزاء هذه المخاطر التي تهدد للدائن في ضمانه العام فقد قرر له
 المشرع من الوسائل ما هو كفيـل بحمايته منها . فقد وفر للدائن وسيلة
 للتظـلب على الخطر الأول مائل في تقاض الدين عن استعمال حقوقه تجاه الغير
 اعنى الدعوى غير المباشرة . ولجابهة للخطر الثاني الناتج عن تصرف الدين
 في أمواله بقصد الاضرار لاجاز المشرع للدائن المـضـرور من هذا التصرف ان
 يـطـعن فيه بورقة النفاذ عن طريق دعوى عدم نفاذ للتصرفات أى الدعوى
 البولصية . وأخيرا نجد المشرع وقد اجاز للمدين الامتناع عن تنفيذ للـتـزامه
 حتى يقوم دالته بدوره بتنفيذ للـتـزام يقـع على عاتقه تجاه هذا المدين في
 اطار الحق في الحبس . كل ذلك لضـمـة الى شهر الاعسار وللـصـورية وسوف
 تعرض للدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية والحق في الحبس ثم
 نتناول شهر الاعسار وللـصـورية . ونخصص لكل منها مبحثا مستقلا .

- المبحث الأول : في الدعوى غير المباشرة .
- المبحث الثاني : في دعوى عدم نفاذ للتصرف .
- المبحث الثالث : للـحق في الحبس .
- المبحث الرابع : دعوى للـصـورية .
- المبحث الخامس : شهر الاعسار .

المبحث الأول

للدعوة غير المباشرة

L'ACTION OBLIQUE OU INDIRECT

٦٩ - تقسيم :

تعـد للدعوى غير المباشرة وسيلة من وسائل المحافظة على حق
 الضمان العام للدائن وسوف نتناول أولا تعريف هذه الدعوى وشروط
 استـمـالها ثم نتطرق ثانيا الى بيان طبيعتها وآثارها ونعرض في النهاية لتصور
 هذه للدعوى في الفقه الاسلامي . كل ذلك في مطالب ثلاثة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 683, p. 706, n. 690, p. 715. (٧)

راجع بـتـة

STARCK (B.) : « Action oblique » Rép. de dr. cir., 1979 t. 1.

المطلب الأول

تعريف الدعوى غير المباشرة وشروط استعمالها

٧٠ - تعريف الدعوى غير المباشرة :

٥٨ - هي دعوى يرفعها الدائن باسم مدينه للمطالبة بحق له في ذمة الغير . وقد عرضت لها المادة ١/٣٠٨ مدنى كويتى (م . ١/٢٣٥ مدنى مصرى) وتنص على أن « لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء ، أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا المدين المالية » .

وعلى ما يبدو لنا ، فإن تسمية هذا الاجراء بالدعوى غير المباشرة تعد تسمية غير دقيقة . فالمقصود هنا ونحن بمسبيل تناول وسائل المحافظة على الضمان العام أن يستعمل الدائن حقوق مدينه لدى الغير . والغالب أن يكون استعماله لها عن طريق دعوى يرفعها على الغير باسم المدين بطالبه فيها بحتوى الأخير . ولكن ليس ثمة ما يمنع الدائن من اتخاذ اجراء آخر وصولا الى نفس الهدف . مثل تسجيل عقد اشترى به المدين عقارا ، او قيد رهن يضمن حقا لمدينه لدى الغير او تجديد قيد الرهن او اعلان حكم صدر لصلحة المدين أو اللطعن في حكم صدر ضده^(٢) .

وتختلف الدعوى غير المباشرة عن وسيلة أخرى قصد بها المشرع توفير حماية خاصة لبعض الدائنين . ونقصد بالدعوى المباشرة وهي دعوى يقيمها الدائن باسمه ولحسابه للمطالبة بحق مدينه لدى الغير^(٣) . ومن أمثلتها ما نص عليه المشرع المدنى الكويتى في المادة ٢/٦٠٢ (م . ١/٥٩٦ مدنى مصرى) بخصوص الدعوى لاثني يرفعها المؤجر ضد المستأجر من الباطن لطالبته بما فى ذمته للمستأجر الاصلى .

(٢) المحكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى ، ص ١٨٠ .

(٣) راجع في التفريق بين الدعوى المباشرة وغير المباشرة :

MAITY et RAYNAUD : op. cit., n. 683, p. 706 ets. n. 692.

p. 715, n. 692, p. 716.

٧١ - شروط استعمال الدعوى غير المباشرة :

تضمنت المادة ٣٠٨ مدنى كويتى (م ٢٣٥ مدنى مصرى) شروط استعمال هذه الدعوى وفوجزها فيما يلى :

٧٢ - الشرط الأول : عدم استعمال الدين لحقوقه :

حتى يتمكن الدائن من استعمال حقوق مدينه لدى الغير يقضى النطق بالادعاء يكون هذا الدين قد استعمل تلك الحقوق . فإذا كان الدين قد طالب بحقه بموجب دعوى مثلا فليس للدائن أن يرفع دعوى باسم مدينه للطالب بهذا الحق . كل ما هنالك أن الدائن يطلب ادخاله خصما في هذه الدعوى .

ولكن عدم استعمال الدين لحقوقه لا يكفى بذاته لرفع الدعوى غير المباشرة من جانب دائنه بل يتعين أن يكون في عدم استعماله لحقوقه هذه ما يؤدي الى اعساره أن لم يكن معسرا أو الى زيادته أن كان كذلك . ويقصد بالاعسار الفعلى منه على معنى أن للتزامات الدين تفوق حقوقه وذلك بغض النظر عن صدور حكم الاعسار . ويقع على عاتق الدائن عبء اثبات اعسار الدين أو زيادة اعساره .

٧٣ - الشرط الثاني : ألا يكون الحق متصلا بشخص الدين أو غير قابل للحجز :

لما كان الهدف من الدعوى غير المباشرة هو المحافظة على للضمان العام للدائن ، فإن الأصل أن للدائن يستعمل باسم مدينه جميع حقوقه المالية لدى الغير . واستثناء على ذلك ، فإنه لا يجوز للدائن أن يستعمل من حقوق مدينه - بموجب هذه الدعوى - ما كان منها متصلا بشخصه .

وعلة هذا الاستثناء تكمن - على ما يبدو - في أن المطالبة بمثل هذه الحقوق إنما تنبني على اعتبارات تخص المدين شخصيا ومن ثم فهو أفضل من يقررها . مثل ذلك إذا تمثل حق الدين لدى الغير في تعويض عن ضرر ادعى أصابه . ولستثنى المشرع أيضا حقوق المدين لدى الغير إذا كانت من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها . إذ في هذه الحالة لا يتحقق الهدف المنشود من استعمالها من قبل الدائن بالدعوى غير المباشرة . هذا الهدف الذي يتمثل - كما ذكرت - في المحافظة على للضمان العام للدائن وتوقيته(٥) .

(٥) MAZEAUD : op. cit., n. 973, p. 928 « l'action oblique »

n'était qu'une mesure de conservation du patrimoine »

comp. STARCK : op. cit., n. 7.

وكما نوهنا من قبل ، فإن المشرع الغني الكويتي قد ضمن نص المادة ٢٤٩ تطبيقاً إسلامياً جديداً يكون فيه حق المعين لدى الغير متصلاً بشخصه بحيث يتمتع على دأئنه استعماله بالدعوى غير المباشرة . والمادة نصها كالآتي : « لا يخل الحق في الدية في الضمان العام للدائنين » . والمعنى الواضح للنص - على ما جاءت به المذكرة الإيضاحية - أن الدية لا تدخل في الضمان العام للدائني المستحق ، ما بقيت مستحقة له على من يلزم بدائها . وقد روعي في ذلك أن الدية تستحق لما عن لزعاق للروح ، ولما عن إصابة تلحق للجسد . وهي بهذه المثابة تستحق عن أمور محض شخصية . فلما ينبغي أن يسمح للدائنين أن تمد يدعم إليها ، لبتقاء استيفاء ديونهم منها ، طالما أنها لم تدفع بعد إلى مستحقها . ويترتب على إخراج الدية من الضمان العام المقرر للدائنين ، طالما بقيت مستحقة لم تدفع أن هؤلاء لا يستطيعون للحجز عليها لدى المقدم بها ، ولا أن يطالبوه بها باسم عديهم ونفابة عنه بمقتضى الدعوى غير المباشرة . أما إذا دفعت الدية بالفعل لمن يستحقها ، فإنها تختلط بأمواله وتدخل بذلك في الضمان العام لدائنيه (١) .

٧٤ - الشرط الثالث : وجوب ادخال الدين خصماً في الدعوى :

يجب أن يقوم الدائن وهو بسبيل احتمال حقوق مدينه لدى الغير بالدعوى غير المباشرة بادخال هذا الدين خصماً فيها . وقد ورد هذا الشرط صراحة بالنص . والحكمة منه تنجسد في أن يكون للحكم الصادر فيها حجية على الدين . وليس من شك في أن ادخال الدين خصماً في الدعوى لنما يحقق فائدة أخرى . إذ لا يكون هناك أى مبرر - مع هذا الادخال - لقيام الدائن باعذار المعين قبل رفع الدعوى .

(١) راجع ، المذكرة الإيضاحية للمقانون الغني للكويتي ، مشر إليها من قبل ص ١٦٦ .

المطلب الثاني

طبيعة الدعوى غير المباشرة وآثارها

٧٥ - طبيعة للدعوى غير المباشرة :

قبل أن نختار آثر الدعوى غير المباشرة يجب أن نتعرض أولا لطبيعتها . وفي ضوء هذه الطبيعة يسهل علينا تحديد آثارها .

وعن هذه الطبيعة نقول : لما كان جوهر هذه الدعوى يتعطل في قيام الدائن وباسم مدينه باستعمال حقوق هذا المدين لدى الغير فإنه واستنادا الى نص المادة ٣٠٩ مدني كويتي (م ٢٣٦ مدني مصري) يمكننا القول بأن الدائن يعد بذلك نائبا عن المدين^(٦) والنيابة هنا نيابة قانونية تستند الى النص السابق وما جاء به في هذا الخصوص من أنه يعتبر الدائن في استعمال حقوق دلتنه نائبا عنه .

وما ينبغي أن يلاحظ هنا أن هذه النيابة بها طلبها الخاص . ومظهر الخصوصية أنها ليست مقررة لمصلحة الاصيل كما تقضى القواعد العادية للنيابة وإنما هي نيابة يعمل فيها لمصلحته هو^(٧) .

٧٦ - آثار الدعوى غير المباشرة :

في ضوء هذه الطبيعة للدعوى غير المباشرة يمكننا أن نحدد آثارها على النحو التالي :

١ - يظل للمدين الحق في التصرف في حقوقه التي يستعملها الدائن نيابة عنه بالدعوى ولا يجوز للدائن أن يعترض على تصرفات المدين في حقوقه لدى الغير ايا كانت طبيعة هذه للتصرفات . وإن أراد فيكون عن طريق الدعوى البولصية ، كما سنرى فيما بعد . كما يكون للمدين أيضا أن يستوفي هذه الحقوق . وأساس ذلك كله أنه ولئن كان للدائن يستعمل باسم الدين حقوقه تجاه الغير فإن ذلك باعتباره نائبا ويبقى الدين أصلا .

SAVATIER : op. cit., p. 133, II. 96.

(٨) راجع ، عبد الحميد فرج المصدة ، المرجع السابق ، رقم ٤٧ ، ص ٥٥ - ٥٦ .

٢ - يجوز لمدين المدعى أن يتمسك في مواجهة الدائن باعتباره نائباً بجميع الدفوع التي كان يستطيع التمسك بها في مواجهة المدين مثل الدفع بالبطلان^(١) . ولكن لا يجوز له التمسك في مواجهة الدائن بالدفوع المستمدة من علاقته الشخصية به . لأن الدائن لا يدعى باسمه الشخصي ولكن باعتباره نائباً^(٢) .

٣ - إن لفائدة للنتيجة عن الدعوى ماثلة في تقوية الضمان العام لا ينفرد بها الدائن رافع للدعوى وحده بل يشترك معه فيها سائر الدائنين .

٧٧ - الدعوى غير المباشرة في الشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

أورد المشروع للحكم بشأن الدعوى غير المباشرة وشروطها في المادة ٢٣٧ ونصها كالآتي :

« ١ - لكل دائن ، ولو لم يكن حقه مستحق الاداء ، ان يستعمل باسم مدينه جميع حقوق هذا المدين الا ما كان منها متصلا بشخصه خاصة او غير قابل للحجز . »

٢ - ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولا الا اذا اثبت ان المدين لم يستعمل هذه الحقوق وأن عدم استعماله لها من شأنه أن يسبب اعساره أو يزيد في هذا الاعسار . ولا يشترط اعدار المدين لاستعمال حقه ولكن يجب ادخاله خصما في الدعوى . »

ولانص يطابق المادة ٢٣٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٠٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لهما من قبل .

المطلب الثالث

الدعوى غير المباشرة في الفقه الاسلامي

٧٨ - الدعوى غير المباشرة استثنائية :

لم يغب عن الفقه الاسلامي فكرة الضمان العام للدائن وما يتهدده من مخاطر . فقد ورد على لسان ابن رجب في كتاب التواعد في الفقه الاسلامي ان الدين « لو امتنع عن وفاء دينه وله مال فباع الحاكم ماله ووفاه عنه صح وبرى منه ولا ضمان » (١١) .

ومفهوم ذلك بطبيعة الحال ان اموال الدين تضمن للوفاء بحيونه . ومع وجود الضمان العام للدائن ، فانه قد يجابه بمض المخاطر التي تضعف هذا الضمان وتسلبه مضمونه مما يجعل حماية دينه غير كافية . ومن هذه المخاطر تقاعس الدين واهماله في المطالبة بحقوقه لدى الغير . فهل للدائن في الفقه الاسلامي ان يطالب مدين الدين بهذه الحقوق ؟

يبدو لنا ان القاعدة في الفقه الاسلامي عدم جواز ذلك لابتداء . فقد نصت المادة ١٦٤٠ من مجلة الاحكام المحليه على ما ياتي : « لا يصلح مديون الديون خصما للدائن » ومؤدى ذلك ان مطالبه الدائن بحقوق عدينه لدى الغير وهي ما يطلق عليه في القانون « الدعوى غير المباشرة » لا تستجيب لها من حيث الجدا القاعدة المذكورة من هذه المجلة . وعلى الرغم من ذلك ، نجد استثناءات على القاعدة المتقدمة في الفقه الاسلامي تمثل بمضمونها فكرة الدعوى غير المباشرة في القانون . من ذلك ما نصت عليه المادة ١٦٣٩ من

(١١) انظر التواعد في الفقه الاسلامي للحفظ في الفرع عبد الرحمن ابن رجب

الحنبلي ، دار المعرفة ، بيروت قاعدة رقم ٩٦ ، ص ٢٢١ .

المجلة المشار إليها • فيعد أن رددت القاعدة محل الاستثناء بقولها « لا يكون للوديع خصما لدائن الودع » أضافت ، ولكن لن وجبت نفقته على الغائب أن يدعى بها على الوديع ليأخذها من دراهم الغائب التي هي أمانة عنده ، •

ومفهوم ذلك انه اذا كان صاحب للوديعة غائبا ففرض الحاكم من للنقود المودعة نفقة لن وجبت نفقته على صاحب الوديعة (م ٧٩٩ من المجلة) كان لن وجبت له النفقة على هذا للغائب ان يدعى بها على الوديع ، وذلك على أساس حكم المادة ١٦٣٩ سابقة للذكر •

واذا حققنا للنظر في هذه الصورة برمتها وجدنا دلائنا بالنفقة وعدينا بها وهو صاحب وديعة نقدية لدى شخص آخر هو الوديع • وان الدائن بهذه النفقة يستطيع في حالة غياب المدين بها (صاحب الوديعة) ان يطالب مدين المدين (الوديع) بهذه النفقة • فالدائن يرفع الدعوى على مدين مدينه مطالبه اياه باستيفاء النفقة من حق المدين بها في ذمته وليس من شك في ان ذلك يتضمن عناصر الدعوى غير المباشرة • ويمكننا ان نقيس على حكم الحالة السابقة ، تطبيقات اخرى ، كلما لتحضت للمصلحة • اذ اللعة ليست قاصرة على علاقة الدائن بالنفقة مع مدين مدينه ، وانما تمتد لتشمل كل فرض تتوافر فيه معطيات للحالة المشار اليها من دائن ومدين وثالث مدين للمدين •

المبحث الثاني

الدعوى البولصية

L'ACTION PAULIENNE

أو

دعوى عدم نفاذ التصرف

٧٩ - اشرنا الى ان قيام المدين بالتصرف في امواله قد يلحق بالدائن وضمانه العام ابلغ للضرر . ولم يشأ المشرع ان يترك للدائن فريسة للمدين فاجاز له الطعن في تصرفات الأخير بالدعوى البولصية وصولا الى عدم نفاذ التصرفات تلك ، وفتناول اولا تعريف هذه الدعوى وشروطها ثم نتطرق الى تحديد نطاقها وما يمكن ان ترتبه من آثار . ونعرض أخيرا لتصور الفقه الاسلامي لهذه الدعوى .

وفي ضوء ذلك نقسم دراستنا في هذا المبحث الى المطلب الآتية :

المطلب الأول : تعريف للدعوى البولصية وشروطها .

المطلب الثاني : نطاق الدعوى البولصية وآثارها .

المطلب الثالث : تصور للفقه الاسلامي لدعوى عدم نفاذ التصرف .

(١٧) راجع في الفقه الفرنسي :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 698, p. 721 ets.

STARCK (B.) : « Action Paulienne » Rép de dr. civ., 1979, t. 1.

المطلب الأول

تعريف الدعوى البولصية وشروطها

٨٠ - تعريف للدعوى البولصية :

٦٤ - هي دعوى يرفعها الدائن للطعن في تصرفات مدينة الشوية بالغش . وهناك يثور التساؤل عن طبيعة هذه الدعوى باعتبارها إجراء للطعن على النحو المتقدم ؟ وبالإجابة على هذا التساؤل تتحدد طبيعتها . فقد كان ينظر إليها قديما على أنها تؤدي إلى ابطال ما يقوم به الدين من تصرفات بقصد الاضرار بالدائن ومن ثم تحدثت بطبيعتها على أنها دعوى لابطال للتصرفات . والسائد الآن أنها دعوى بعدم نفاذ التصرفات . ذلك أنها تؤدي إلى عدم نفاذ للتصرف الذي قام به في حق الدائن . مع بقاء للتصرف قائما بين طرفيه (١٢) .

٨١ - شروط الدعوى البولصية :

يمكننا أن نقسم الدعوى البولصية إلى شروط تتعلق بالدائن وأخرى تتعلق بالمدين (١٣) .

(١٢) راجع ، السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ج ٥ ، ص ٢٢ - جميل لشرطوى ، دراسة في طبيعة للدعوى البولصية ، مجلة لقانون والاقتصاد ، السنة ٢٩ ، للمدد الاول ، مارس سنة ١٩٥٩ .

راجع ايضا طبيعة للدعوى في الفقه الفرنسى :

ولرجع ايضا للمادة ٣١٦ مكنى كويتى وما بها من تطبيقات خلسة ادعوى عدم نفاذ للتصرف . ومنها حالة لو تمثل تصرف المدين في تفصيل دائن على آخر باعطائه تاييدا وحالة يورى فيها المدين المسر احد دلتنيه قبل حلول الأجل .

(١٤) راجع في هذه للشروط :

CARBONNIER : op. cit., n. 141, p. 557.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 700, p. 723 ets.

٨٢ - أولا : الشروط التي تتمتع بالدائن :

يشترط في جانب الدائن الذي يلجأ لاستخدام هذه الدعوى أن يكون حقه مستحق الأداء سابقا في وجوده على التصرف المظنون فيه وأن يصاب الدائن بضرر من جراء هذا التصرف ، ونفصل ما نجعلنا :

١ - يجب أن يكون حق الدائن مستحق الأداء :

وقد نصت على هذا الشرط المادة ٣١٠ من القانون المدني الكويتي (م٠ ٢٢٧ مدني مصري) . وبناء على هذا الشرط لا يجوز للدائن أن يطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البولصية اذا كان حقه مضافا الى اجل او معلقا على شرط . ما دام لم يحن ذلك الاجل ولم يتحقق ذلك للشرط . ولا كان يشترط أن يكون حق الدائن مستحق الأداء ، وجب ايضا أن يكون حقه خاليا من النزاع فالحق لا يستحق اللوفا به الا اذا خلا من النزاع (١٦) .

٢ - ان يكون حق الدائن سابقا على التصرف المظنون فيه (١٧) :

وهذا شرط يقتضيه النطق . ولعل في حذف هذه الدعوى ما يبرره فالدائن يرفعها وصولا الى عدم نفاذ ما قام به الدين من تصرفات يقصد الاضرار به . ومثل هذا الضرر بالدائن من جراء تصرفات الدين لا يتصور وقوعه أصلا الا اذا كان حق الدائن سابقا في وجوده على تصرفات هذا الدين . فكيف يدعي الدائن ان ضررا أصابه من تصرفات مدينه ولم يكن دائنا وقت وقوعها ؟ وتبعاً لذلك لا يجوز للدائن ان يباشر هذه الدعوى اذا كان حقه لاحقا في الوجود على تصرفات الدين . وللمبرة في امسية حق الدائن هي بتاريخ نشوء هذا الحق بالنظر الى تاريخ إبرام التصرف المظنون فيه . وعلى ذلك يكون الشرط قد تحقق اذا كان حق الدائن سابقا في تاريخ نشوءه على تاريخ إبرام التصرف (١٨) . ويقع على عاتق الدائن اثبات امسية حقه على تاريخ إبرام التصرف . ويكون له ذلك باثبات الواقعة المثبتة للحق فاذا كانت مادية (مثل العمل غير المشروع) كان له الاثبات بشقي الطرق ، بينما يخضع للقواعد العامة في اثبات للتصرفات القانونية لو كان مصدر حقه وقائمة قانونية .

(١٥) السنهوري . المرجع السابق ، ص ٢٤ .

V. MAZEAUD : op. cit., n. 990, p. 950.

(١٦)

(١٧) راجع ، محمد ايوب شنب ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٤ ، ص ٢٥٩ .

٨٣ - ثانيا : الشروط التي تتعلق بالدين(١٨) :

لا يكفي أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وسابقا في وجوده على تصرف الدين محل الطعن بل يجب غش ذلك أن يكون الدين قد ارتكب غشا في تصرفه هذا ويكون المتصرف لايه على علم بهذا الغش . ويلاحظ أن وجوب توافر الغش في جانب الدين وعلم المتصرف لايه به ليس مطلقا ايا كان نوع تصرفه . فاشتراط الغش امر مقصور على المعاولات دون التبرعات وقد نصت على ذلك المادة ١/٣١١ مدني كويتي .

(ا) فإذا كان تصرف الدين يعرض اشتراطا لجواز الطعن فيه بالدعوى للبولصية توافر نية الغش لديه وأن يكون المتصرف لايه على علم بهذه النية .

والمراد بنية الغش قصد الاضرار بالدائن . ويقع لى عاتق للدائن عبء اثبات ذلك . وقد يسر له المشرع ذلك في المادة ١/٣١١ مدني كسويتي (م . ١/٢٣٨ مدني مصري) اذ قالت : « ويفترض غش المدين اذا اثبت للدائن علمه وقت للتصرف بأنه مصرر أو بأنه كان ينبغي عليه ان يعلم بذلك » .

كما يفترض علم المتصرف لايه بغش المدين اذا اثبت للدائن انه كان يعلم وقت للتصرف ان المدين مصرر أو كان ينبغي ان يعلم ذلك ، . ومفاد ذلك بطبيعة الحال ان النص قد جعل علم للمدين باعساره وعلم المتصرف لايه به أو لمكان ذلك قرينة على غش هذا الدين وعلم المتصرف لايه به ومن ثم فليس على للدائن الا يثبت علم المدين باعساره وعلم خلفه به .

وتجدر الإشارة الى أن اشتراط النص علم المتصرف لايه باعسار المدين - لضافة الى علم الأخير به . إنما يهدف الى حماية المتصرف لايه حسن النية الذي لم يعلم بغش المدين حماية لاستقرار المعاملات .

(ب) أما اذا كان تصرف المدين تبرعا ، جاز للدائن أن يطعن فيه بالدعوى للبولصية ، ولا يشترط لعدم نفاذه في حقه غش هذا الدين ولا حسن نية المتصرف لايه (م . ٢/٣١١ مدني كويتي م . ٢/٢٣٨ مدني مصري) وعلة للفرقة بين المعاولات والتبرعات على النحو المتقدم ترجع الى أننا نجد الدلائل في التبرعات وهو يشكو من ضرر أصابه من جراء تبرع المدين وفي حالة نفاذه

والمتبرع له لا يشكو الا من غش أو منفعة في حالة عدم
النفذ والفرق واضح بين من يتوقى ضررا ومن يتغنى كسبا أو
منفعة فالأول أجدر بالحماية . لأن دفع الضرر مقدم على جلب
المنفعة^(١٩) . ولهذا لم يشترط المشرع غش المحين ليطعن للدائن
في تصرفه اذا كان تبرعا .

٨٤ - ولكن كيف التسهيل في شرط غش المحين وعلم المتصرف اليه به اذا كان
هذا المتصرف اليه قد تصرف بدوره الى آخر ؟

في الاجابة على هذا السؤال نفرق بين عدة فروض^(٢٠) :

الفرض الاول :

ان يكون للتصرف الاول والثاني معاوضة وبشترط لعدم نفاذ التصرف
ان يكون المتصرف اليه للتاني على علم بغش المحين وعلى علم ايضا بأن المتصرف
اليه الاول كان يعلم بهذا الغش (م . ٣١٢ مدنى كويتى) .

الفرض الثانى :

ان يكون للتصرف الاول والثاني تبرعا . وفيه لا يلزم تولف أى شرط
بخصوص اغش أو العلم به لعدم نفاذ التصرف والصورة بحكمها تستخلص
من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١١ مدنى كويتى .

الفرض الثالث :

ان يكون للتصرف الاول معاوضة والثاني تبرعا . وفيه قالت المذكرة
الايضاحية عبارة ليست واضحة وهي أنه يكفى اعمال الفقرة الثانية عن المادة
٣١١ لتصل الى أنه لا يشترط شرط جديد في هذه للصورة . ونرى أنه ما دام
التصرف معاوضة من المحين طبقنا المادة ١/٣١١ وتشترط غش المحين وعلم
المتصرف اليه الاول بهذا الغش لا ينفذ التصرف في حق الدائن .

الفرض الرابع :

ان يكون للتصرف الاول تبرعا والثاني معاوضة . وفيه لا يشترط
لعدم نفاذ التصرف سوى علم المتصرف اليه للتاني ان المحين كان معسرا
وقمت تصرفه للمتصرف اليه الاول . فلا يشترط غش المحين ولا علم المتصرف اليه
الاول بهذا الغش (م . ٢/٣١٢ مدنى كويتى) والصور بحكمها تستخلص
من نص الفقرة الثانية من المادة ٣١٢ مدنى كويتى .

(١٩) راجع ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ٣١ ، محمد لبيب شنب المرجع السابق

رقم ٣٦٥ ، ص ٣٦١ .

(٢٠) راجع حكم المادة ٢/٣٢٨ مدنى مصرى .

المطلب الثاني

نطاق الدعوى البولصية وآثارها

٨٥ - نطاق الدعوى البولصية :

يتحدد نطاق هذه للدعوى بمامية التصرف الذى يصدر عن المدين ويجوز للدائن ان يضمن فيه بعدم النفاذ . اذ يجب ان يكون تصرفا قانونيا مفقرا (م . ٣١٠ مئى كويتى) :

(أ) فيجب فى المقام الاول صدور تصرف قانونى من المدين حتى تتساح لدائن فرصة طلب عدم نفاذه عن طريق الدعوى البولصية .
والتصرف القانونى هو عمل تتصرف اليه ارادة المدين بقصد احداث نثر قانونى . سواء كان معاوضة مثل البيع او تبرعا مثل الهبة . وعلى ذلك اذا كان ما صدر من المدين عبارة عن واقعة مادية وليس تصرفا قانونيا لما جاز للدائن اللطن فيه بالدعوى البولصية . وتطبيقا له ، اذا ارتكب المدين خطأ سبب ضررا للغير التزم بتعويضه قانونا . لا يمكن للدائن اللطن فيه بالدعوى المذكورة(٢١) .

(ب) وفى المقام الثانى ، يجب أن يكون التصرف لقانونى مفقرا . ويكون التصرف كذلك اذا كان من شأنه أن يؤدى الى انتقاص حقوق المدين أو الى زيادة التزاماته مما يؤدى الى اعساره ان لم يكن مصرا أو الى زيادة اعساره بذا كن معسرا . ويقع على الدائن عبء اثبات اعسار المدين أو زيادة اعساره (م . ٣١٣ مئى كويتى - م . ٢٣٩ مئى مصرى) . والمقصود بالاعسار ، الاعسار المعنى حيث تزيد ديون المدين ولو كانت غير مستحقة الاداء على امواله . دون الاعسار للقانونى حيث تزيد ديون المدين المستحقة الاداء على امواله(٢٢) .

(٢١) راجع ، محمد اييب شغب ، المرجع السابق ، رقم ٢٦٢ ، ص ٢٥٤ .

(٢٢) راجع ، للسهرورى ، المرجع السابق ، ص ٢٨ - ٢٩ ، راجع ايضا ص ٢٩ .

٨٦ - آثار الدعوى البولصية (٣) :

تتحدد آثار الدعوى البولصية في ضوء طبيعتها كما تحدثت من قبل على اعتبار أنها دعوى عدم نفاذ تصرف • ونفوق بين آثارها بالنسبة للدائنين وآثارها في العلاقة بين المدين والمتصرف إليه •

٨٧ - آثار الدعوى بالنسبة للدائنين :

إذا توافرت شروط للدعوى البولصية في النطاق المحدد لها حكم 'لقاضي بعدم نفاذ تصرف المدين في مواجهة الدائن • على أن الاستفادة من الحكم على هذا الوجه لا تقتصر على الدائن رافع الدعوى بل تمتد إلى الدائنين الآخرين الذين صدر التصرف لأضرارهم ولو لم يرفعوا الدعوى أو لم يشتركوا في رفعها شريطة أن تكون حقوقهم قد نشأت قبل التصرف المطعون فيه (١٠) • ونصت على ذلك المادة ٣١٤ من قانون كويتي (م • ٢٤٠ من قانون مصري) بقولها : إذا تقرر عدم نفاذ التصرف ، استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف لأضرارهم (١١) •

وتطبيقاً لذلك ، إذا كان التصرف ناقلاً للملكية وحكم بعدم نفاذه كآثر لظن أحد الدائنين فيه بالدعوى البولصية كان لهذا الدائن وكذا باقي الدائنين توقيع للحجز على المال محل التصرف المذكور وصولاً إلى بيعته بالمزاد العلني لاستيفاء حقوقهم من الثمن • كل ذلك على أساس أن الملكية ما زالت للمدين • ويلاحظ أن المشرع المدني الكويتي قد صرح حتى المادة ٣١٧ بسقوط دعوى عدم نفاذ التصرف بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف في حقه وتسقط في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف (١٢) •

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 714, p. 735.

(٢٢)

(٢٤) قلان

SAVATIER : « l'action paulienne est une action égoïste,

op. cit., p. 134, n. 97.

MAZEAUD : op. cit., n. 1005, p. 557

(٢٥) نص الحكم في فرنسا :

وعكس ذلك حكم للنقض الفرنسية :

Cass. civ. 4. 21 — 1923 : s. 1923 — 1 — 254

مشار إليه في المرجع المذكور •

(٢٦) وهو حكم مماثل لنص المادة ٢٤٢ من قانون مصري •

٨٨ - آثار الدعوى في العلاقة بين المدين والمتصرف اليه :

إذا صدر حكم القاضي بعدم نفاذ التصرف ، فإن هذا الأثر يكون في مواجهة الدائنين ولا أثر له على التصرف في العلاقة بين المتصرف (المدين) والمتصرف اليه . إذ يبقى قائما ونافذا في العلاقة بين طرفيه ، ومن ثم تقترب آثاره . وعليه فإنه إذا حصل الدائنون على حقوقهم فإن الزيادة تكون للمتصرف اليه الذي يستطيع أن يرجع بالضمان على المتصرف بقدر ما أخذ الدائنون . وأنه أيضا أن يطلب للفسخ .

وفود أن نبرز في هذا الصدد ما نصت عليه المادة ٣١٥ منى كويتي من أن المتصرف اليه يمكنه أن يتخلص من دعوى عدم نفاذ التصرف إذا أودع خزنة إدارة للتنفيذ ما يعادل قيمة المال المتصرف فيه . وبخلاف الحكم في هذا النص عن حكم النص المقابل في القانون المدني المصري . فقد نصت المادة ٢٤١ منه على أنه « إذا كان من تلقى الحق من المدين المسر لم يدفع ثمنه فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن المثل وقام بإيداعه خزنة المحكمة ، والمعنى الواضح للنص أن إمكان تخلص المتصرف اليه من دعوى عدم نفاذ التصرف إنما يتحدد بكونه مشتريا ولم يدفع للثمن . فما عليه إلا إيداعه خزنة المحكمة . أما حكم النص الكويتي فواضح في تخلص المتصرف اليه من هذه الدعوى في جميع الأحوال سواء كان مشتريا أم لا وذلك عن طريق إيداع قيمة المال المتصرف فيه خزنة إدارة التنفيذ .

٨٩ - أحكام الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ التصرف في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولا : نصت المادة ٢٣٩ من المشروع على ما يأتي : « لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به ، أن يطلب عدم نفاذ التصرف في حقه ، وترتب عليه اعسار المدين أو الزيادة في اعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية » .

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٣٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق نص المادة ٣١٠ من القانون المدني الكويتي . وقد استحدث أحكامه من هذا النص المصري . وعرضنا للنصين فيما مر عند شرح شروط الدعوى البولصية ، سيما ما تعلق منها بالدائن .

ونصت المادة ٢٤٠ من المشروع على ما يأتي :

« ١ - إذا كان تصرف المدين بعوض ، اشترط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منظويا على غش من المدين ، وإن يكون مصدر له التصرف

على علم بهذا الغش ويكفى لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من الدين وهو علم أنه مصر ، كما يعتبر من صدر له للتصرف عالما بغش الدين لذا كان قد علم أن هذا الدين مصر .

٢ - أما إذا كان للتصرف تبرعا ، فإنه لا ينفذ في حق الدائن ، ولو كان من صدر له التصرف حسن النية ، ولو ثبت أن الدين لم يرتكب غشا .

٣ - وإذا كان للخلف الذي انتقل له الشيء من الدين قد تصرف فيه بمعوض إلى خلف آخر ، فلا يصح للدائن أن يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان للخلف الثاني يعلم غش الدين وعلم للخلف الأول بهذا الغش ، إن كان الدين قد تصرف بمعوض ، أو كان هذا الخلف الثاني يعلم اعسار نالدين وقت تصرفه للخلف الأول ، إن كان الدين قد تصرف له تبرعا .

وهذا للنص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٣٨ من القانون المدني المصري للحالي ، كما يطابق في حكمه للمادتين ٣١١ ، ٣١٢ من القانون المدني الكويتي ، وقد عرضنا لأحكامها جميعا من قبل بمناسبة شروط الدعوى البولصية ، وبصفة خاصة ما يتعلق منها بالدين .

ثانيا : وفي تحديد نطاق دعوى عدم نفاذ التصرف بالتصرف المفقر ، وهو تصرف يكون كذلك إذا أدى إلى اعسار الدين أو إلى زيادة اعساره نصت المادة ٢٤١ من المشروع على ما يأتي : « إذا ادعى للدائن اعسار الدين فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون ، وعلى الدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها » .

والنص يطابق المادة ٢٣٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣١٢ من القانون المدني الكويتي ، وسبق أن عرضنا للنصين ونحن نتناول نطاق الدعوى البولصية .

ثالثا : وفي آثار دعوى عدم نفاذ التصرف ، نبرز بشأنها نصين عن المشروع . الأول وهو نص المادة ٢٤٢ ويقضى بما يلي : « متى نذر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم » .

والنص يطابق المادة ٢٤٠ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق المادة ٣١٤ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا للنصين الآخرين من قبل ونحن نتناول آثار الدعوى البولصية .

أما النص الثاني من المشروع ، فهو نص المادة ٢٤٣ ويجرى على النحو التالي : « إذا كان من تلقى الحق من المدين المصر لم يدفع ثمنه فإنه يتخلص من الدعوى متى كان هذا الثمن هو ثمن الثقل ، وقام بإيداعه خزانة المحكمة »

والنص يطابق حكم المادة ٢٤١ من القانون المدني المصري الحالي ، وقد عرضنا له من قبل . ويختلف عنهما النص المقابل من القانون المدني الكويتي وهو نص المادة ٣١٥ . ونلخص الاختلاف في أن تخلص المتصرف إليه عن

دعوى عدم نفاذ التصرف إنما يتحدد - في النصين المصريين سالفين للذكر - يكون هذا المتصرف إليه مشتريا ولم يدفع الثمن وما عليه إلا القيام بجداعه خزانة المحكمة . أما النص الكويتي - وقد عرضنا له من قبل - فواضح في إمكان تخلص المتصرف إليه من هذه الدعوى في جميع الأحوال ، سواء كان مشتريا أم لا ، وذلك عن طريق إيداع قيمة المال المتصرف فيه خزانة إدارة التنفيذ .

وأزاء ذلك ، فإننا نقسائل عما جاء بالمشروع تعليقا على نص المادة ٢٤٣ منه وأنها تطابق حكم المادة ٣١٧ من مشروع التقنين المدني الكويتي .
لأنهم إلا إذا كان هذا النص للمشروع الكويتي قد لحقه التعديل . وإذا فإن الأمر يستدعي إعادة النظر من قبل واضع المشروع المصري .

رابعا : وعن اثر معنى المدة او مرور للزمان ، تنص المادة ٢٤٥ من المشروع على أنه : « لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف ، ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من الوقت الذي صدر فيه التصرف » . ونص المشروع على هذا النحو وقد أخذ بحكم مرور الزمن واثره يتمثل في منع سماع الدعوى بالحق دون سقوط للحق ذاته جريا على أحكام لفقه الاسلامي في هذا الشأن ، يطابق المادة ٣١٧ من القانون المدني الكويتي . كما يطابق أيضا ، ومن حيث المدة ، المادة ٢٤٣ من القانون المدني المصري الحالي .

المطلب الثالث

تصور الفقه الاسلامي ادعوى عدم نفاذ التصرف

٩٠ - القاعدة حرية الدين في التصرف :

الأصل في الفقه الاسلامي ان الدين لا يمنع من التصرف في ماله وتقع كل تصرفاته صحيحة ما لم يكن في مرض الموت أو كان قد تم للحج عليه للافلاس ، وهذا رأي الجمهور ومنهم الحنفية . فقد نصت المادة ٢٢٠ من مرشد الحبران على انه : اذا كان محجورا عليه بسبب ديونه ودفع من أمواله المحجوز عليها ديناً في ذمته لأحد عشر مائة فلساثر عشر مائة نقض تصرفه واسترداد المبلغ الذي دفعه ، (٢٧) .

وننبه هنا الى موقف الأحناف من الحجز على المدين (٢٨) . عند ابي حنيفة لا يجوز للحجز على المدين . ويؤكد ذلك ما جاء عنه في شرح القدير : « لا أحجز في الدين ولذا وجبت ديون على رجل وطلب عشر مائة للحجز عليه لم أحجز عليه لأن في الحجز اهدار اهلتيه فلا يجوز لدفع ضرر خاص » .

وقال ابو يوسف ومحمد بجواز الحجز . وجاء في شرح فتح القدير : « وقالوا اذا طلب غرماء المنفس للحجز عليه حجز للقاضي عليه » وعند الحنابلة ، جاء في القواعد للفقهاء لابن رجب : التصرفات المالية كالعتق والوقف والصحة والهبه اذا تصرف بها (أي المدين) وعليه دين ولم يكن حجز عليه دين ولم يكن حجز عليه فالمذهب صحة تصرفه ، (٢٩) .

(٢٧) راجع ايضا المادة ١٠٠٢ من مجلة الأحكام المحلية ونصها كالآتي :

« الحجز يؤثر في كل ما يؤدي الى ابطال حق الغرماء كالهبة والصدقة وبيع مال بالتقسط من ثمن مثله . وعلى هذا لا تعتبر عقود المدينين المنفس وتبرعته وسائر تصرفاته المقررة بحقوق الغرماء » .

(٢٨) طرح فتح القدير للمأجز الفقيه ، الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد المعروف بابن الهملم ، الجزء الثامن من شرح الهداية وهو نتائج الأفكار في كشف الرموز والامرار لولانا تميم للدين احمد بن تودر المعروف بقاض . زاده ومي تكمله فتح القدير ، ص ٢٠٢ ، ٢٠٥ .

(٢٩) للقواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب - مشار إليه من قبل ، القاعدة الحادية عشرة ، ص ١٤ .

وجاء في المتن « ما فعله الفليس قبل حجر الحاكم عليه من بيع أو عبة أو اقرار أو قضاء بعض الغرماء أو غير ذلك فهو جائز نافذ وبهذا قال أبو حنيفة ومالك والشافعي ولا تعلم أحدا خالفهم ولأنه رشيد غير محجور عليه فننفذ تصرفه كغيره ولأن سبب البيع الحجر فلا يتقدم سببه » (٢٠) ، إضافة إلى ذلك أيضا نصت المادة ١٥١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « تصرفات الفليس قبل الحجر عليه نافذة وكذا اقراره مطلقا » .

أما بعد الحجر فقد تناولت حكم تصرفات الفليس المادة من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل حكم تصرفات الفليس بقولها « بمجرد الحجر على الفليس يتطرق حق غرمائه بما له الوجود والحادث له بالرت أو نحوه » فلا يصح لقراره به لأحد ولا تصرفه فيه تصرفا مستأنفا ببيع أو عبة أو عتق أو وقف ونحو ذلك . أما للتصرف غير المستأنف كالفسخ لعيب أو نحوه فيما اشتراه قبل الحجر أو الإضاء فيصبح منه دون اشتراط كونه أحظ » .

وجاء في الإشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية فيما يمنع الدين وجوبه وما يمنع « فلو كان عليه دين بقدر ما في يده ، وهو قيمة الباقي ، قوم عليه ، لأنه مالك له نافذ تصرفه » (٢١) .

يتضح لنا من النصوص الفقهية الإسلامية السابقة أن الدين يستطيع التصرف في أمواله وهذا هو الأصل ومن ثم فلا يجوز للدائن أن يظن أن تصرف مدينه الضار به قبل أن يحجر عليه .

٩١ - عدم نفوذ تصرف الدين استثناء في مذهب الإمام مالك :

٧٠ - واستثناء على الأصل المتقدم فقد جاء في مذهب الإمام مالك ما يفيد تقييد التصرفات الصادرة من قبل الحجر « من ذلك ما قاله ابن جزي في باب التخليص » إذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بدينونه وتام الغرماء عند القاضي فإنه يجري في ذلك على المدين أحكام التخليص وهي خمسة للرابع منها : أن يحجر عليه فلا ينفذ تصرفه في ماله فإن تصرف فيه بعد الديون وقبل التخليص نفذ ما كان تصرفه بموضع كالبيع ولم ينفذ

(٢٠) المتن لابن قدامة ، مشار إليه من قبل ، الجزء الرابع ، ص ٤٨٩ .

(٢١) الإشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤٢٩ هـ ، ص ٣٣٣ .

ما كان بغير عوض كالهبة ٠٠ وأما بعد التقلير فلا ينفذ شيء من أفعاله سواء كان بموض أو بغير عوض» (٣٢) .

وبناء على ما تقدم ، نقول إن الفقه المالكي ولئن اتفق مع الجمهور في جانب ، فإنه يختلف عنه في آخر . أما ما اتفق فيه مع الجمهور فتأصله منع الدين من التصرف في أمواله قبل الحجر وكأثر له بطبيعته للحال . سواء كانت التصرفات معاوضة أو تبرعا . أما ما اختلف فيه مع الجمهور فيخص حكم تصرفات الدين للأضارة قبل الحجر وهذا مقصودنا ونحن نستطلع تصور دعوى عدم نفاذ التصرف في الفقه الاسلامي . ومن هنا نقول أنه إذا كان الأصل عند الجمهور - على ما مر بنا - عدم منع الدين من التصرف في أمواله قبل الحجر ولو كانت هذه التصرفات ضارة ، وسواء كانت معارضة أو تبرعا ، فإن الأمر يختلف عند المالكية . فهم يتكلمون - كما يبين لنا من قول ابن جزى الذي أروناه من قبل - عن منع الدين من التصرفات للتبرعية دون المعاوضة في حاله ، ومنعه من التصرف معاوضة أو تبرعا في حالة أخرى . والحالتان تسبقان الحجر على الدين أو تقليريه بحكم الحاكم (٣٣) .

وعن الحالة الأولى :

فإنها تتحقق بمجرد أن يحيط للدين بمال الدين وليس فيه وفاء بدينونه . وفيها يمتنع عليه التصرف في أمواله على سبيل التبرع . ومن ثم يجوز له أن يتصرف على سبيل المعاوضة .

(٣٢) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل للفروع الفقهية لابن جزى . مشار إليه من قبل ، باب للتفليس ، ص ٣٤٦ - ٣٤٧ .

وراجع في هذا الموضوع : المنهوي ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي . مشار إليه من قبل ، ج ٥ ، ص ١٤٨ : وقد علق على نص الفقه المالكي . كما أورده ابن رشد للحفيد في بداية المجتهد ونهاية المقتصر .

(٣٣) راجع : لحد على الخطيب ، الحجر على الدين لحق للخرام في الفقه الاسلامي وللأئمة القارن ، القاهرة ، ١٣٨٤ هـ ، ١٩٦٤ م ، رقم ٨٢ - ٨٤ ص ١٧٢ - ١٧٤ ، رقم ٣٧٨ - ٣٨١ ص ٤٩١ - ٤٩٦ .

وراجع أيضا : المنهوي ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي . مشار إليه من قبل ، ج ٥ ، ص ١٤٨ .

وعن الحالة الثانية :

فانها تكون مجرد أن يقوم للغرماء عند التقاضى ، لأن الدينون أحاطت بمال الدين ودون أن يطالبوا الحجر عليه . وتسمى حالة التفليس للعام . وفيها يمتنع على الدين التصرف في أمواله ، سواء كان التصرف معاوضة أو تبرعا .

٩٢ - والخلاصة ، أن الفقه المالكي - وعلى خلاف الجمهور - يمنع الدين من التصرف في أمواله قبل الحجر على تقاوت بين إحاطة الدين بماله من ناحية ، وقيام للغرماء عند الحاكم لأن الدين قد أحاط بماله ودون أن يطالبوا الحجر من ناحية أخرى . وهذا المنع يتفاوت أيضا - وعلى المدى المذكور - بين منع التصرفات التبرعية في الحالة الأولى من جهة ومنع التصرفات سواء كانت معاوضة أو تبرعا في الحالة الثانية .

ولكن يبدو أن المالكية يشترطون لذلك - كما هو واضح - أن يكون الدين قد أحاط بمال الدين . أى على معنى أن يكون معسرا لأن ديونه تزيد على أمواله . ويضيفون إلى هذا الشرط أيضا وجوب أن يكون تصرف الدين ضارا بال دائن ببليل منهمهم لتصرفات الدين التبرعية قبل الحجر كما مر بنا لأنه يكون على علم وقت التصرف بأن الدين يحيط بماله .

في إطار كل ما تقدم ، يمكننا القول بأن فكرة دعوى عدم مفاذ للتصرف في القانون المدنى معروفة في الفقه الإسلامى بصفة عامة والمالكي منه بصفة خاصة^(٢٤) ذلك أن هناك : مدينا معسرا وهو من أحاط بالدين بماله وللغرض أنه لم يجبر عليه على الرغم من قيام غرمائه عليه عند الحاكم . أيضا فان تصرفات هذا الدين الضارة لا تسرى في حق دائنه إضافة إلى ذلك ، فان ما يمتنع على هذا الدين أن يقوم به من تصرفات - على نحو ما فكرنا - لنما هي تصرفات مفقرة ، تؤدي إلى إعساره إن لم يكن معسرا أو إلى زيادته - وهذا الأصل - إن كان كذلك .

(٢٤) راجع ، السنهوري ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

راجع في الموضوع أيضا : محمد زكى عبد القادر ، كلمة في الحجر على الدين في الفقه الإسلامى ، مجلة المحاماة ، المصفاة السادسة والثلاثون ، العدد التاسع . مايو سنة ١٩٥٦ ، ص ١٤٣٠ - ١٤٤٩ .

البحث الثالث

الحق في الحبس

DROIT DE RÉTENTION

٩٣ - تقسيم :

نتناول في دراستنا للحق في الحبس في القانون الوضعي تعريف هذا

الحق وشروط نشوئه ثم نعرض بعد ذلك لما يترتب عليه من آثار وأخيرا
نعالج كيفية انقضائه ثم نعقب ذلك كله بإبراز فكرة الحق في الحبس في
الفقه الاسلامي . ونخصص لكل موضوع مما سبق مطلباً مستقلاً على النحو
التالي :

المطلب الأول : تعريف الحق في الحبس وشروط نشوئه .

المطلب الثاني : آثار الحق في الحبس .

المطلب الثالث : انقضاء الحق في الحبس .

المطلب الرابع : فكرة الحق في الحبس في الفقه الاسلامي .

المطلب الأول

تعريف الحق في الحبس وشروطه

٩٤ - تعريف الحق في الحبس (٣) :

عرضت المادة ١/٣١٨ مدني كويتي (م ١/٢٤٦ مدني مصري) تعريف للحق في الحبس ، والأمر يقضى - كما يتضح من النص - أن ثمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر وللنزاهة كل منهما مترتب على الآخر ومرتبطة به ، بحيث يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام لم يقدم دائنه على الوفاء بالتزام الآخر الذي يقع على عاتقه مرتبطا بالأول أو لم يقدم - على الأقل - تامينا كافيا للوفاء * وبعبارة أخرى فإنه يجوز لكل منهما أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام الذي يقع على عاتقه ويرتبط بالتزام يقع على عاتق الآخر الذي لم يتم بدوره بتنفيذ للالتزام أو لم يقدم تامينا كافيا للوفاء * مثال ذلك، في عقد البيع حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بينما يلتزم الأخير بإداء الثمن للأول (٣) * والارتباط قائم بين الالتزامين بحيث يجوز لأيهما أن يمتنع عن تنفيذ للالتزام ما دام الآخر لم يعرض ذلك للمشتري حبس للثمن إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع *

٩٥ - شروط الحق في الحبس :

تضمن النص السابق شروطا ثلاثة ينبغي توافرها ليقوم حق الدائن في الحبس *

٩٦ - للشرط الأول : أن يكون الحابس دافئا بحق *

وفي الواقع فإن النص للكويتي المشار إليه فيما سبق لم يكتف بأشراط وجود حق للحابس على الوجه المتقدم وإنما كان صريحا في أن يكون حقا مستحق الأداء ، بخلاف النص المقابل في التقنين المصري (م ١/٢٤٦) :

V. DRRIDA (F.) : Retention , Rep. de dr. civ. 1979, t. VII.

(٣٦) راجع نص المادة ٥٠٣ من القانون المدني الكويتي بخصوص حق البائع في حبس المبيع ، والنص المقابل من القانون المدني المصري وهو نص المادة ٤٥٩ *

ولم ينص صراحة على وجوب أن يكون للدائن مستحق الأداء^(٣٧) . ومع ذلك فإن لجماعاً في الفقه المصري على ذلك دون نص . وتطبيقاً لذلك ٧ يقوم الحق في الحبس إذا كان حق الحبس لدى مدينه مضافاً إلى أجل أو مطلقاً على شرط . ولو كان للالتزام الحبس تجاه مدينه هذا مستحق الأداء .

إضافة إلى ذلك نجد الفقه يشترط في حق الحبس أن يكون محقق الوجود أي على معنى ألا يكون محلاً لنزاع جدي . وعلى ذلك فإذا كان المستاجر قد طالب المؤجر بتمويض بدعوى لخلال الأخير بالالتزامه بالتزيمات للضرورة لما جاز للمستاجر أن يحبس الأجرة عن هذا المؤجر ما دام أخلاؤه بالتزامه محل نزاع مع هذا المستاجر^(٣٨) .

٩٧ - الشرط الثاني :

أن يوجد على عاتق الحبس التزام تجاه مدينه .

إذا ما كان جوهر الحق في الحبس يتمثل في إعطاء الحبس مكنة الامتناع عن تنفيذ التزامه فإن المنطق يقضي بأن يشترط لقيام هذا للحق أن يكون هناك لالتزام على عاتق الحبس حتى يمتنع عن للتنفيذ انسجاماً مع جوهر الحبس على النحو المذكور .

وعن طبيعة الالتزام على عاتق الحبس . فإن الشرع المدني الكويتي كان صريحاً في أن يكون للالتزام باداء شيء . وذلك يعني في نظرنا - لو اقتصرنا عليه - تضيق نطاق الحق في الحبس بحيث لا ينشأ إلا إذا كان للحبس ملتزماً بتسليم شيء مادي .

وتجدرى أن هذا الشرط الثاني لقيام الحق في الحبس يتحقق بوجود لالتزام على عاتق الحبس أي كانت طبيعة هذا الالتزام ، وعلى ذلك يمكننا

(٣٧) ولم يتضمن نص المادة ٢٤٦ من مشروع تقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية في مصر إشارة صريحة إلى شرط استحقاق الأداء ويستوى في ذلك مع النص الحالي .

CARBONNIER : op. cit., n. 84, p. 304 - 305.

أن نتصور تحقق الشرط اذا كان الالتزام على عاتق الحابس التزاما بعمل .
مثال ذلك التزام المتاول بإقامة بناء حيث يجوز له الامتناع عن تنفيذ
التزامه حتى يفي رب العمل بالأجر . اذ اشرع المدني الكويتي لم يقصد
- على ما يبسود لنا حصر نطاق الحق في الحبس على حالة ما اذا كان الالتزام
التزاما بأداء شيء مادي ولكنه عرض للوضع الغالب في هذا الصدد .

٩٨ - الشرط الثالث :

أن يوجد ارتباط بين حق الحابس والتزامه % lien de connexité .

وقد عرض المشرع المدني الكويتي لهذا الشرط صراحة على نحو ما
اسلفت في المادة ١/٣١٧ . وفحوى هذا الارتباط ان يكون حق الحابس
قد وجد مناسبة للتزامه . وبعبارة أخرى فانه يتعين وجود ارتباط بين
التزامين ، التزام الحابس تجاه مدينه والتزام الأخير تجاه الاول .

وبالمقارنة مع للنص المدني المصري المقابل (م ٢٤٦) نجد اختلافا
في الحكم . فقد تكلم المشرع في هذا النص عن حق من التزم بأداء شيء في ان
يمكنه عن الوفاء به . ما دلم للدائن لم يمرض الوفاء بالتزام مترتب عليه
يسبب التزام الدين ومرتبطة به

ويبدو ان النص المصري لا يتكلم - في تقديرنا - عن ارتباط بين التزامين
كما ذكر النص الكويتي بقدر ما يتكلم عن وجود رابطة سببية بين التزامين %

ونرى في صياغة النص المصري صياغة معيبة . ويمكن ان ندرك ذلك في
ضوء نتيجة غير مقبولة تؤدي اليها هذه للصياغة . فالسببية على المعنى
المذكور - في النص محل للنقد - يمكن ان تتحقق في حالة ما اذا نشأ الالتزام
عن عقد واحد ملزم للجانبين . ومعنى ذلك حصر نطاق الحق في الحبس
على العقود الملزمة للجانبين مع ان المسلم به ان هذا للحق يمكن ان يكون
خارج نطاق الروابط المقحية (٣٩) .

(٣٩) راجع الفكرة الايضاحية للفتاوى المدني الكويتي ، ص ١٨٢ محمد لميب شبيب .

المرجع السابق هلمش رقم (١) ص ٢٨٧ .

وعلى أية حال ، فإن الارتباط يتخذ صورة من اثنتين :

Connexité Juridique

١ - الارتباط القانوني :

ويسمى أيضا بالارتباط المعنوي ويتحقق إذا كان حق الحابس قد نشأ وكذا التزامه عن تصرف قانوني . والغالب أن يكون للتصرف عبارة عن عقد ملزم للجانبين على نحو ما ذكرنا في مثال عقد للبيع من قبل .

Connexité matérielle

٢ - الارتباط المادي :

ويسمى أيضا بالارتباط الموضوعي ونعني به أن حق الحابس قد نشأ وكذا التزامه عن واقعة مادية . وقد تناول المشرع المدني الكويتي مسورة للارتباط المادي في المادة ٢/٣١٨ ، وفيها يجوز لحائز الشيء - وهو ملتزم برده أصلا - أن يقوم بحبسه حتى يستوفي ما هو مستحق له من مصروفات انفقها على الشيء .

وبطبيعة الحال ، فإنه يشترط أن تكون الحيازة مشروعة ، وعلى ذلك فالسارق وهو ملتزم برد الشيء لا يستفيد من الحق في الحبس الذي تناوله للنص .

المطلب الثاني

آثار الحق في الحبس

٩٩ - تقسيم :

يترتب على الحق في الحبس عدة آثار يمكن أن نقسمها إلى طائفتين :

- الطائفة الأولى : وتضم الآثار التي تترتب في العلاقة بين طرفيه .
- الطائفة الثانية : آثار الحق في الحبس بالنسبة للغير .

ونخصص لكل منهما فرعاً .

الفرع الأول

آثار الحق في الحبس في العلاقة بين طرفيه

١٠٠ - يترتب الحق في الحبس آثاراً في العلاقة بين طرفيه الحبس الذي امتنع عن تنفيذ التزامه من جهة والطرف الآخر دللته بهذا الالتزام من جهة أخرى . وتتركز هذه الآثار في حقوق والتزامات للحبوس وعليه .

١٠١ - أولاً : حقوق الحبس :

— من الحقوق لجمهورية التي تترتب للحبوس حقه في الامتناع عن تنفيذ التزامه . فإذا كان التزاماً بتسليم شيء — وهذا هو الغالب — امتنع عن تسليمه إلى من له الحق في استرداده سواء كان المالك أو غيره . وامتناع الحبس عن تنفيذ التزامه يمتد حتى يقوم للطرف الآخر بتنفيذ التزامه كاملاً أو يقدم تأمينا كافياً للوفاء . ومن هنا يمكننا القول بأن امتناع الحبس عن تنفيذ التزامه هو امتناع مؤقت ومن ثم لا يمكن أن يستمر حتى ينقضي هذا الالتزام . فالحق في الحبس ليس طريقاً لانقضاء الالتزام بل يعد وسيلة لتقوية ضمان الدائن وعلى ذلك يؤدي إلى وقف للتنفيذ دون الانقضاء^(١) .

(١) في هذا الحيز : انور سلطان ، المرجع السابق ، ص ٨٢ ، رقم ٩٦ .

محمد لبيب شبيب ، المرجع السابق ، ص ٢٨٩ ، رقم ٢٩٠ .

راجع أيضاً وق طبيعة الحق في الحبس .

محمد لبيب شبيب ، كيفية استئصال الحق في الحبس ، مجلة العلوم القانونية

والاقتصادية ، للمجلد الثاني ، السنة الماثرة ، يوليو سنة ١٩٦٨ ، ص ٤٢٧ - ٤٥٢ .

انظر بصفة خاصة ، ص ٤٤٢ وما بعدها .

والحق في الحبس على الوجه المتعمد بخضع لمبدأ عدم التجزئة .
على معنى انه اذا استوفى الحبس جزءا من حقه فلا يجبر على تنفيذ التزله
جزئيا بتسليم جزء من الشيء المحبوس . لكن ليس هناك ما يمنع من أن يحكم
القاضي بتسليم الشيء كله اذا كان الجزء الباقى من حقه ولم يستوفه وهو
يمثل الجزء من الالتزام الذى لم ينفذه المدين قبل الأهمية بالنسبة لباقى
الالتزام^(٤١) .

ومناك ملاحظة عامة يعمين الإشارة إليها ومؤداهما : انه اذا كان للحق في
الحبس دخول للحابس سلطة الامتناع المؤقت عن للتنفيذ فانه لا يخوله
حق امتياز على الشيء المحبوس . وقد جاء المشرع انحنى للكوييتى صريحا في
ذلك اذ قال في المادة ٣٢١ : مجرد للحق في حبس الشيء لا يعطى الحابس حق
امتياز عليه ، (مقابلة للمادة ١/٢٤٧ مدنى مصرى) ويتفق في هذا الحكم
مع مسائر للتقنيات المدنية العربية ويخالفهم فيه المشرع المدنى الاردنى الذى
جمل الحابس الحق من بقاء الثمرة في استيفاء حقه^(٤٢) .

١٠٢ - ثانيا : التزامات الحابس :

تناولت المادة ٣١٩ مدنى كوييتى ما يتوجب على الحابس من التزامات
بسبب حبسه الشيء ونوجزها فيما يلى :

١ - التزام الحابس بالمحافظة على الشيء المحبوس :

يلتزم الحابس بأن يحافظ على الشيء المحبوس عملا بما تقضى به الفقرة
الأولى من المادة ٣١٩ مدنى كوييتى (م. ٢/٢٤٧ مدنى مصرى) . وبطبيعة
الحال فانه يلتزم في ذلك ببذل عناية للشخص المعتاد . وتقريبا عن الالتزام
بالمحافظة على الشيء ، فاذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه من الهلاك أو
التعيب كان للحابس أن يطلب من المحكمة الاذن له ببيعه دون اذن وينتقل
الحق في الحبس في الحالين من الشيء لى ثمنه (م. ٢/٣١٩ مدنى كوييتى) .

وبجدر بنا أن نشير هنا الى أن حكم للنص للكوييتى انما يتيقز عن
نظيره المصرى بخصوص المسألة وهو نص المادة ٣/٢٤٧ مدنى اذ تكلم
المشرع المصرى في النص الأخير عن إمكان قيام الحابس ببيع الشيء المحبوس
اذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التلف شريطة للحصول على اذن القضاء ،
وعلى هذا النحو ، ولما كان اذن القضاء شرطا ضروريا وفي كل الأحوال

(٤١) راجع : انور سلطان ، المرجع السابق .

عبد القم فرج الصده ، المرجع السابق ، ص ٨٥ ، رقم ٨٢ .

(٤٢) الفكرة الايضحية للتعاون المدنى الكوييتى ص ١٨٣ .

ليبيع الحابس الشيء المحبوس تجنباً للهلاك أو التلف يمكننا القول بأن النص المصري والحالة هذه لم يعرض لغرض يفرض به النص الكويتي دون سائر التقنيات العربية حيث أجاز الحابس بيع الشيء المحبوس دون إذن من القضاء في حالة الاستعجان إذا كان يخشى عليه من الهلاك أو التعيب على نحو ما ذكرت منذ قليل . وأشرع المدني الكويتي بكون بذلك قد أخذ في اعتباره - دون غيره - ما قد يحدث في العمل حيث لا يتسع الوقت للحصول على إذن المحكمة كما لو أن أمين القفل كن يحبس دوعاً من الفاكهة أو الخضروات التي لا تتحمل التأخير إلى حين الحصول على إذن القضاء. (٤٢) وقد عرضت المادة ٢٢١ من القانون المدني الكويتي لغرض الذي فيه يهلك الشيء المحبوس أو يتلف ، فقررت انتقال الحق في الحبس إلى ما يستحق بسبب ذلك من مقابل أو تعويض على أساس فكرة اللطول للعيني .

٢ - التزام الحابس بتجديد حساب عن غلة الشيء :

عرضت لهذا الالتزام المادة ١/٣١٩ مدني كويتي (م ٢/٣٤٧ مدني مصري) وهذا الالتزام يفترض في الواقع أن الشيء المحبوس ينتج غلة أو تميراً . ففي هذه الحالة يلتزم الحابس بأن يقدم حساباً عنها إن له حق استرداد الشيء . وليس من شك في أن مفاد ذلك أن الغلة ليست من حق الحابس وإنما تكون إن له حق استرداد الشيء . ويلاحظ أن الالتزام الحابس بتجديد الحساب لا يعني ضرورة قيامه بتسليم الغلة إن له الحق فيها . إذ يجوز له أن يحبسها مثل الشيء المحبوس . وهنا يثور تساؤل بخصوص الغلة إذا كان يخشى عليها من الهلاك أو التعيب ؟

ونرى أنه يسرى عليها ما يسرى على الشيء المحبوس ذاته من قواعد في الحالين . فيجوز للحابس أن يبيع هذه الغلة شريطة الحصول على إذن المحكمة وبدون هذا الإذن في حالة الاستعجال .

(٤٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، مشار إليها من قبل ، الموقع السابق .

ألفرع الثانى

آثار الحق فى الحبس بالنسبة للغير

١٠٣ - الراجع لدينا ان الحق فى الحبس حق مطلق • ومفاد ذلك بطبيعة الحال ان الحابس يستطيع أن يتمسك به فى مواجهة من له حىق استرداد الشىء المحبوس وضد دائئيه • كذلك الحابس أن يتمسك به فى مواجهة الغير الذى انتقلت اليه ملكية الشىء المحبوس أو كسب عليه حقا عينيا آخر سواء كان قد كسب هذا الحق أو ذاك قبل أو بعد نشوء الحق فى الحبس • وعلى ذلك يمكننا القول بأن الحق يحتج به فى مواجهة الدائن وخلفه العام أى الورثة ودائئى هذا الدائن وكذا الخلف الخاص^(٤٤) •

(٤٤) قارن : محمد لبيب شنب ، أحكام الالتزام ، رقم ٢٩٠ ، ص ٢٩٠ •

المطلب الثالث

انقضاء الحق في الحبس

١٠٤ - ينقضي الحق في الحبس أما بصورة تبعية لزوال سببه بحصول الحابيس على حقه ولما بصورة أصلية أى لسبب آخر غير حصول الحابيس على حقه^(١٠) .

١٠٥ - انقضاء الحق في الحبس بصورة تبعية :

رابعا أن قوام الحبس امتناع المدين عن تنفيذ التزام يرتبط بالتزام آخر يقع على الدائن بالتزام الأول حيث لم يعرض تنفيذا ولم يقدم تأمينا للوفاء .

ويدهى ، أن ينقضي الحق في الحبس تبعا لزوال مبرره . غلو حصل الحابيس (وهو المدين الذى امتنع عن تنفيذ التزامه) على حقه الموجود لدى مدينه (أى الدائن بالتزام الذى لم ينفذ الحابيس) لا نقضى الحق في الحبس . والأصل وفقا لعدم تجزئة الحق في الحبس كما ذكرنا من قبل - أن يحصل الدائن على كل حقه . اذ الحق في الحبس لا ينقضى بالوفاء الجزئى .

وتجدر الإشارة الى أن انقضاء حق الحابيس بسبب آخر غير الوفاء - مثل الابراء - يؤدى - مثل الوفاء - الى انقضاء الحق في الحبس .

١٠٦ - انقضاء الحق في الحبس بصورة أصلية :

إذا كان الحق في الحبس ينقضى بصورة تبعية أى تبعا لانقضاء حق الحابيس فإن الحق في الحبس يمكن أن ينقضى بصورة أصلية مع بقاء حق الحابيس قائما . ويكون ذلك لأسباب تخص حق الحبس ذاته ومستقلة بالتالى عن حق الحابيس . ونوجز هذه الأسباب فيما يلى :

(٤٥) راجع ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ١١٨٧ ، رقم ٦٧٩ وما بعدها .
ويلاحظ ما جاء بالفكرة الإيضاحية للمفتون الخنيس للكويتى ص ١٨٣ من أن الحق في الحبس ينقضى في حالات أخرى لا تحتاج الى نص بشأنها . وتتمثل في قيام الدائن بتقديم تأمين للحابيس يكفى للوفاء ، وتتمثل أيضا في النزول عن الحبس عرصة أو ضمنا . غلو طلب الحابيس بيع التمسك بالمؤاد استيفاء لحقه تعين تسليم التمسك الى الرئيس عليه المؤاد .

١ - خروج الشيء من يد الحابس :

نصت المادة ١/٢٢٢ من القانون المدني الكويتي على ان « ينقضي الحق في الحبس بخروج الشيء المحبوس من يد الحابس »^(١) والمعنى للواضح للنص يؤدي بنا الى القول بانقضاء الحق في الحبس بموافقة الحابس على خروج الشيء من يده . فلو كان الحابس ملتزما بتسليم شيء وامتنع عن تنفيذ هذا الالتزام في نطاق حقه في الحبس فان قيامه مختارا بعد ذلك بتسليم الشيء الى صاحبه انما يؤدي الى انقضاء حقه في الحبس بعد نشوئه .

ويلاحظ ان خروج الشيء من يد الحابس لا يؤدي الى انقضاء حق الحبس الا اذا كان خروجاً ارادياً . اذ في هذه الحالة يعد نزولاً من الحابس عن حقه في الحبس . اما اذا خرج الشيء من يد الحابس رغماً عنه كان يكون خرج خلسة دون علمه فانه يجوز له عملاً بالمادة ٢/٢٢٥ ان يطلب استرداده خلال ثلاثين يوماً من الوقت الذي علم فيه بخروج الشيء من يده وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه . ومعنى ذلك ان حق الحابس في استرداد الشيء يسقط باقرب الاجلين .

٢ - حصول الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه :

لذا حصل الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه لنقضي الحق في الحبس ويبقى حق الحابس قائماً حيث يلتزم المدين بالوفاء به . اذ التأمين الكافي يضمن للحابس حقه مثل الحق في الحبس تماماً . والتأمين قد يكون شخصياً مثل الكفالة او عينياً مثل الرهن (م ١/٢١٨ مدني كويتي - ١/٢٤٦ مدني مصري) .

١٠٧ - احكام الحق في الحبس في المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولاً : عرضت المادة ٢٤٦ من المشروع للحق في الحبس وشروطه ويجرى نصها على النحو التالي :

١ - لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن اللجوء به ، ما دام الدائن لم يوف بالالتزام في ذمته نشأ بسبب الالتزام الدين وكان مرتبطاً به ، ما دام الدائن لم يقسم تأميناً كافياً للوفاء بالالتزامه .

(٤٦) قانون م ١/٢٤٨ مدني مصري اذ قالت : « منقضي الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه او محوزه » . ويلاحظ في هذا للمصدر ما جاء بالفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي (ص ١٨٢) من ان الحبس لا يقضى بالضرورة ان يكون الحابس حائزاً بالشيء لغنى المصطلح الجارية .

٢ - ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محزره ، اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فان له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له ، الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع » .

وهذا النص المقترح من المشروع انما يطابق حكم المادة ٢٤٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق للمادة ٣١٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا للنصين من قبل عند دراسة شروط الحق في الحبس .

وعلى الرغم من قولنا بتطابق النص الكويتي مع نص المشروع والنص الحالي للقانون المدني المصري ، يلاحظ عما سبق أن ذكرناه بخصوص اختلاف مفهوم الارتباط بين النص المصري الحالي والنص الكويتي ، ليقوم هذا الاختلاف أيضا بين نص المشروع والنص الكويتي .

ثانيا : بالنسبة لآثار الحق في الحبس وما يخوله للحابس ، نصت الفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ من المشروع على أن « محدد للحق في حبس الشيء لا يثبت حق امتياز عليه » والنص يطابق للفقرة الأولى من المادة ٢٤٧ من القانون المدني المصري الحالي كما يطابق نص المادة ٣٢٠ من القانون المدني الكويتي .

ويلاحظ ان المشرع المدني الاردني ذهب الى القول بأن الحبس يخول الحابس امتيازاً على الشيء ، جريا على أحكام الفقه الاسلامي على ما سئرى .

وفي إطار آثار الحق في الحبس أيضا ، وما يترتب من التزامات نصت الفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ من المشروع على التزام الحابس بأن « يحافظ على الشيء ، وفقا لأحكام رهن الحيازة ، وعليه أن يضع حسبا عن غلته » . ونص هذه الفقرة يطابق للفقرة الثانية من المادة ٢٤٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق للفقرة الأولى من المادة ٣١٩ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لهما من قبل ونحن ندرس آثار الحق في الحبس بالنسبة لطرفيه .

وفي مجال للالتزام للحابس بالمحافظة على الشيء ضمن آثار الحق في الحبس أيضا ، نصت للفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ من المشروع على أنه « اذا كان الشيء المحبوس يخشى عليه الهلاك أو التلف ، فللحابس أن يحصل على إذن من القضاء في بيعه وفقا للأحكام المقررة في رهن الحيازة ، وينتقل الحق

في الحبس من الشيء الى ثمنه ، * والنص يطابق الفقرة الثالثة من المادة ٢٤٧ من القانون المدني المصري الحالي * ويختلفان عن النص الكويتي المقابل وهو نص الفقرة الثانية من المادة ٣١٩ وقد سبق لنا دراسته * وجوه الاختلاف ان النص الكويتي قد انفرد - على ما ذكرت من قبل - بحكم يجيز

ان النص للكويتي قد انفرد - على ما ذكرت من قبل - بحكم يجيز للحابس ان يبيع الشيء المحبوس الذي يخشى عليه من الهلاك دون اذن المحكمة في حالة الاستعجال * وهو حكم لم يرد في نص الشروع المصري وقد خلا منه ايضا النص الحالي للقانون المدني المصري *

ثالثا : بالنسبة لانقضاء الحق في الحبس ، فانه ينقضى بالاسباب الآتية في المشروع *

١ - ينقضى الحق في الحبس اذا حصل الحابس على تأمين كاف للوفاء بحقه * وهذا السبب للانقضاء يستخلص من نهاية نص الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ من الشروع وقد عرضنا لها منذ قليل *

٢ - ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء المحبوس من يد الحابس *

وفي هذا تقول المادة ٢٤٩ من المشروع :

« ١ - ينقضى الحق في الحبس بخروج الشيء من يد حائزه او محرزه *

٢ - ومع ذلك يجوز لحابس الشيء ، اذا خرج للشيء من يده خفية او بالرغم من معارضته ، ان يطلب استرداده ، اذا هو قام بهذا الطلب خلال ثلاثين يوما من الوقت للذي علم فيه بخروج الشيء من يده ، وقبل انقضاء سنة من وقت خروجه » *

والنص يطابق المادة ٢٤٨ من القانون المدني المصري الحالي والمادة ٣٢٢ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لهما من قبل *

ونشير أخيرا ، الى نص المادة ٢٤٨ من المشروع ويقضى بانتقال الحق في الحبس الى ما يحل محل الشيء المحبوس حال ملاكه أو تلفه * والنص لا نظير له في القانون المدني المصري الحالي ، ولكنه يطابق المادة ٣٢١ من القانون المدني الكويتي *

المطلب الرابع

فكرة الحق في الحبس في الفقه الاسلامي

١٠٨ - رأينا أن الضمان العام للدائن ومصلحته في المحافظة عليه كانت الدافع للمشرع المدني في تقرير وسائل تكفل للحماية لهذا الضمان العام مما يتهدده من مخاطر . ومن هذه الوسائل الحق في الحبس . وعلى ما اوضحنا من قبل ، فإن القانون المدني لا يختلف في ذلك عن الفقه الاسلامي الذي تكلم عن الضمان العام بما يتهدده من مخاطر وقرر للدائن حفا على اموال مدينه . وفي هذا الاطار كان الحق في الحبس في الفقه الاسلامي وسيلة لحماية هذا الضمان نقلها عنه المشرع المدني .

١٠٩ - تطبيقات الحق في الحبس :

واما عن الحق في الحبس حماية للضمان العام في الفقه الاسلامي فتوجد عدة تطبيقات له . من ذلك ما نصت عليه المادة ٤٥٤ من مرشد الحيران اذ قالت : « للبايع حق حبس المبيع لاستيفاء جميع الثمن اذا كان الثمن كله حالا ولو كان المبيع شيئين أو جملة أشياء بصفقة واحدة وسمى لكل منهما ثمنًا فله حبسه الى استيفاء كل الثمن » .

وقد تضمنت المادة ٣٢٩ من مجلة الاحكام الشرعية على عذوب الامام احمد بن حنبل حكما يقضي بأنه اذا كان الثمن دينًا حالا وكان غائبًا عن المجلس فلبايع حبس المبيع لقبض للثمن .

ويتضح لنا من النص ، ان فكرة الحق في الحبس معروفة بمضمونها في لفقه الاسلامي . ان تفترض شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر في نفس الوقت وهناك ارتباط بين التزام كل منهما . بحيث يجوز لايهما أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ما دام للطرف الآخر لم يرضى للوفاء . وقد مثل للنص

السابق للعلاقة بين البائع والمشتري • حيث أجاز لأول حبس الشيء المبيع حتى يقوم الثاني بالوفاء بالثمن كاملاً^(٤٧) •

وقد نصت على ذلك أيضاً المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام العدلية حين قالت « للبائع في البيع بالثمن الحال اعنى غير المؤجل أن يحبس المبيع الى أن يؤدي المشتري جميع للثمن » • وأضافت المادة ٢٧٨ اذا باع اشياء متعددة صفقة واحدة كان له أن يحبس جميع المبيع حتى يقبض للثمن كله • • وللمعس تطبيقات في الإجراء • منها ما جاء في المادة ٦٢٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل من أن « للاجير حبس الممول على أجرته اذا أنفلس ربه والا فلا • • • » •

١١٠ - شروط الحق في الحبس وآثاره :

ويمكننا أن نستخلص من النصوص السابقة شروط الحق في الحبس في الفقه الاسلامي • ولا يختلف عنه فيها للفقه القانوني • إذ يتعين أن يكون للحابس حق لدى آخر هو في نفس الوقت دائن للحابس بالانقزام يستطيع الأخير الامتناع عن تنفيذه - اعمالا للحق في الحبس - حتى يحصل على حقه •

ويشترط في حق للحابس أن يكون مستحق الاداء • على نحو ما ظهر لنا من نص مرشد الحيران ونص المجلة • وتأكيدا لذلك نصت المادة ٤٥٨ مرشد الحيران على أنه « اذا كان الثمن مؤجلا في عقد البيع أو رضى البائع بتأجيله بعد البيع فلا حق له في حبس المبيع » • •

(٤٧) راجع في هذا للتطبيق للحق في الحبس في الشريعة الاسلامية وتطبيقات أخرى :
M.L.L.OI (L.) , Introduction à l'étude de droit musulman , paris ,
1953 , n. 749 , p. 613.

ويلاحظ أن للشافعية وجهة نظر أخرى وعدمهم • يصدر البائع على تسليم المبيع ثم يحبر المشتري لأن حق المشتري مطلق بمين وحق البائع في اللفة فقدم ما تعلق بمين • المذهب • للشيرازي مشار اليه من قبل • الجزء الاول • ص ٣٠٢ - وعند المالكية « للبائع أن يمسك بالمبيع حتى يقبض للثمن » قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى • مشار اليه من قبل • ص ٢٧٢ وعند الحنابلة يقول ابن القيم « لا يملك البائع حبس المبيع على ثمنه فالبيع دخل ملك المشتري وصار للثمن في فتمه ولم يبق للبائع تعلق بالمين » • اعلام الموقعين • الجزء الرابع • ص ٢٢ •

(٤٨) وراجع في هذه المسألة عند الاختلاف المادة ٤٨٢ والمادة ٤٨٢ من مجلة الأحكام
المصطفية •

وإذا كان يتضح لنا حتى الآن اتفاق بين الفقه الإسلامي والقانوني بخصوص شروط الحق في الحبس وآثاره بصفة عامة ، فإننا نود أن نبرز اختلافا جوهريا بينهما بخصوص الآثار تلك .

وتأكيدا لذلك ذكرت المادة ٣٣١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل أنه إذا اتفق المتبايعان على تأجيل الثمن فليس للبائع حق حبس المبيع .

إضافة إلى ما تقدم ، وفي شروط الحق في الحبس في الفقه الإسلامي . فإنه يفترض أن هناك ارتباطا بين التزام الحابس - الذي يمتنع عن تنفيذ أعماله - بحق في الحبس - وبين التزام آخر يقع على عاتق دائنه بهذا الالتزام الأول^(٤٩) .

وعلى ما يبدو لنا . فإن أساس الحق في الحبس إنما يتمثل في الفقه الإسلامي في فكرة المساواة بين المتعاضدين^(٥٠) .

وتبعاً لذلك ، فإن ما ينبغي أن يلاحظ ، أن نطاق الحق في الحبس لا ينحصر - في هذا الفقه - في العقود المأذومة للحائنين . فالحق في الحبس يمكن أن يقوم خارج نطاق العقود أيضاً^(٥١) .

وغنى عن البيان أن التزام الحابس في الفقه الإسلامي يتمثل محله غالباً في تسليم شيء مادي .

وعن آثار الحق في الحبس ، فالفقه الإسلامي يخول الحابس - على ما مر بنا - سلطة الامتناع عن تنفيذ التزامه حتى يحصل على حقه كاملاً . إذ الحق في الحبس لا يتجزأ^(٥٢) .

(٤٩) راجع في الارتباط أسس الحق في الحبس في الفقه الإسلامي : السبهي ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، مشار إليه من قبل ، ج ٦ ، ص ٢٠٩-٢١٠ ، ص ٢٤٢-٢٤٣ .

(٥٠) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . العلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، الناشر زكريا يوسف ، الجزء الخامس ، ص ٢٦٢٥ .

(٥١) ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٧٦٨ من مرشد الحيران إذ قالت : « إذا انهدم بعض تلك المشترك الذي لا يقبل القسمة وأراد أحد الشريكين بناءه واقتنع الآخر يجبر على الحارة ما لم يمر ياذن القاضي للشريك بالمعاملة ثم يمنح الآخر من الانتفاع به حتى يؤدي ما يخص حصته من المصاريف » .

(٥٢) راجع في عدم تجزئه الحق في الحبس المادة ٢٧٨ من مجلة الأحكام المحلية والمادة ٥٥٤ من مرشد الحيران . وقد عرضنا لهما من قبل .

فلذا كان الفقه للقانوني يكاد يجمع - على نحو ما أسلفت - على أن الحق في الحبس لا يعطى للحابس امتيازاً على سائر الدائنين فإن الفقه الإسلامي يختلف . ولعل في نص المادة ٢٩٦ من مجلة الأحكام العدلية ما يقدم لتلخيص الماطع على ذلك إذ قالت : « إذا مات المشتري مفلساً قبل قبض المبيع وإذا، الثمن كان للبائع حبس المبيع إلى أن يستوفي الثمن من تركه المشتري وفي هذه الصورة يبيع الحاكم المبيع فيفي دين المانع بتمامه إذا كان بالثمن وفاً، بالدين ويعطى الغرماء ما زاد وإن يبيع انقص من الثمن الأصلي أخذ البائع للثمن الذي يبيع به ويكون في الباقي كالغرماء » .

ولنص على هذا النحو يعرض لصورة يبين منها أن الحق في الحبس يخول صاحبه امتيازاً في استيفاء، حقه على باقي الدائنين . فإذا توفي المشتري ولم ينفذ الثمن كان للبائع حق حبس المبيع . حتى يستوفي الثمن من تركه المشتري . وفي هذه الحالة يقوم للقاضي ببيع 'لشيء' وتكون للبائع أعماله في استيفاء، حقه على سائر دائني المشتري(٥٢) .

١١١ - انقضاء الحق في الحبس :

وعن انقضاء الحق في الحبس في الفقه الإسلامي فإنه ينقضي بحصول الحابس على حقه كاملاً . وينقضي أيضاً بخروج الشيء من يد الحابس خروجاً ارادياً . ولعل في نص المادة ٤٥٩ من مرشد الحبران ما يدل على ذلك إذ قالت : « إذا سلم البائع المبيع قبل قبض الثمن فقد اسقط حق حبسه فليس له بعد ذلك أن يسترد المبيع وقد أكدت هذا المعنى أيضاً المادة ٢٨١ من مجلة الأحكام العدلية » (٥٣) .

ولذا كان القانون الوضعي يتفق مع الفقه الإسلامي في سببي الانقضاء للسابقين(٥٤) . إلا أن هذا للفقه يختلف عنه في سببين آخرين لانقضاء الحق في الحبس .

(٥٢) قانون : المادة ٤٦٤ من مرشد الحبران .

(٥٤) ونصها كالاتي : « إذا سلم للبائع قبل قبض الثمن فقد استأحق حبسه وفي هذه الصورة ليس للبائع أن يسترد المبيع من يد المشتري ويجبهه إلى أن يستوفي الثمن » .

(٥٥) راجع ما سبق بخصوص شرح المادتين ١/٣١٨ معنى كويتي ، ١/٢٤٦ معنى مصري ، حيث ينقضي حق الحبس بالوفاء - راجع أيضاً المادتين ١/٢٢٢ معنى كويتي ، ١/٢٤٨ معنى مصري بخصوص انقضاء حق الحبس بخروج الشيء من يد الحابس - راجع أيضاً المادتين ٢٤٦ ، ٢٤٩ من المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية .

السبب الأول يتمثل في حصول الحابيس على تأمين كاف للوفاء بحقه .
وفي هذا الصدد فانه ونصوص القانون المدني صريحة في انتقضاء الحق في
الحبس بهذا السبب^(٢٦) . فلما في نصوص الفقه الاسلامي ما يؤكد للعكس
بعدم انتقضاء الحق في الحبس للسبب المذكور . مثال ذلك ما نصت عليه
المادة ٤٥٥ من مرشد الحيران ، لا يسقط حق البائع في حبس المبيع باعطاء
المشتري له رهنا او كفلا . . الأمر الذي ركزت عليه أيضا المادة ٢٨٠ من
مجلة الاحكام العدينية بقولها اعطاء المشتري رهنا او كفلا بالثمن لا يسقط
حق البائع في الحبس ،^(٢٧) .

أما عن السبب الثاني فقد ورد في نصوص الفقه الاسلامي دون القانون
المدني الوضعي ، ويتعلق بحوالة الحق وحواله لغيره بخصوص الثمن في
المبيع . فقد نصت المادة ٤٥٦ من مرشد الحيران فيما يتعلق بحوالة الحق
في ثمن المبيع على انه ، اذا أحال البائع احدا على المشتري بكل الثمن ان لم
يكن قبض منه شيئا او بما بقي له منه ان كان لم يقبض كله وقبل المشتري
الحوالة سقط حق البائع في حبس المبيع .

أما عن حوالة الدين بثمن المبيع فقد نصت المادة ٤٥٧ من مرشد
الحيران على انه ، اذا أحال المشتري البائع بالثمن كله ان كان كله في ذمته
ان كان دى بمضه وقبل البائع الحوالة سقط حقه في حبس المبيع ، .

ونود ان ننبه هنا ، الى ملاحظة هامة مؤداهما : ان نصوص الأحكام
المعدنية لم تعرض صراحة للحوالة بخصوص الثمن في البيع كسبب يسقط
او انتقضاء الحق في الحبس الا في صورة واحدة لها هي حوالة الحق
بهذا الثمن . وجاء ذلك في المادة ٢٨٢ إذ قالت ، اذا أحال انسلانا بثمن المبيع
وقبل المشتري الحوالة فقد أسقط حق حبسه . .^(٢٨) .

(٥٦) واجمع فيما سبق المادة ١/٢١٨ مدني كويتي ، المادة ٢٤٦ مدني مصري في هذا

لتخصص .

(٥٧) ويبدو ان المشرع المدني الكويتي قد اخذ بهذا الحكم في المادة ٥٠٣ ، إذ قالت :
« اذا كان الثمن كله او بمضه مستحق الاداء في الحال ، فالبائع اذا حبس المبيع حتى يستوفي ما
هو مستحق له ولو قدم المشتري رهنا او كفالة هذا ما م يمنح البائع المشتري اجلا
بعدم البيع » . ارجع ايضا المادة ٤٥٩ مدني مصري .

(٥٨) وعلى الرغم مما قلناه في الفن من ان المصلحة لم يتعرض في نصوصها صراحة الا
لحوالة الحق بثمن المبيع . في المادة ٢٨٢ الا ان الأستاذ سليم رستم يار ذهب في شرحه لهذا
النص الى القول بان حوالة الدين بثمن المبيع أي حوالة المشتري للبائع على رجل بالثمن
يسقط حق البائع في الحبس ما دام قد قبل لحوالة . راجع له شرح المصلحة ص ١٤٧ وقد
سبق الإشارة اليه .

المبحث الرابع

دعوى الصورية (١)

ACTION EN SIMULATION

١١٢ - تقسيم :

نقتاول أولا ماهية الصورية ثم نبين آثارها • وبعد أن نعرض للصورية في الفقه الاسلامي في نطاق الحيل الشرعية • ويكون لنا ذلك في ثلاثة مطالب :

(٥٩) نظم القانون المدني المصري الصورية في الفصل الثالث منه ضمن ما يكتل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان في المواد ٢٤٤ ، ٢٤٥ •

أما المشرع المدني في الكويت فقد حرص على أن تكون أحكام الصورية ضمن أحكام آثار العقد ونظمها في المادتين ١٩٩ ، ٢٠٠ • وقد سلك نفس النهج المرسوم المصري لتقنين أحكام التشريعة الإسلامية في المعاملات المالية ونظم للصورية في المادتين ١٤٨ ، ١٤٩ • ولراجع في الصورية بصنة عامة :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 272 p. 243 ets.

CARBONNIER : op. cit., n. 39. p 137 ets.

المطلب الأول ماعية الصورة

١١٢ مكرر - ليس من شك في ان بيان آثار الصورة في مطلب ثان ،
انما يتطلب بالضرورة ، وقبل ذلك ، ان نتحدد - ونحن نتناول ماعيتها -
تعريفها ، وأنواعها ، وشروط الدعوى بها .

١١٣ - أولا : تعريف للصورة وأنواعها :

يقصد بالصورة اظهار علاقة قانونية على غير الحقيقة او على سبيل
الحقيقة وراء مظاهر كاذبة فالصورة على هذا النحو تعنى لصطناع مظهر كاذب
في تكوين تصرف قانوني وبصفة خاصة إبرام عقد .

ونجى ، على نوعين :

١ - الصورة المقلدة : وتقتضب على وجود النصف ذاته بحيث ان
التصرف المظاهر : يكون له وجود في الحقيقة . كما لو باع المدين مالا يملكه
بيعا صوريا جزئيا ليصل من ذلك الى حمل هذا المال بمنايا عن
الدائنين وضمانهم العام .

٢ - الصورة النسبية : وتترد على ذرع التصرف او على ركن او شرط
فيه . بحيث تستر تصرفا حقيقيا يختلف عن التصرف المظاهر في امر مما ذكرنا
او اكبر . مثل ذلك إبرام عقد حبة في صورة بيع او يترك في البيع ثمن
اصل من الخبز يوزع من رسوم التسجيل .

١١٤ - ثانيا : شروط دعوى الصورة :

نستضع ان نحدد شروط هذه الدعوى بالمقارنة مع شروط الدعوى
البولصية . اذا كان يستلزم في "دعوى البولصية" ان يكون حق الدائن مستحق
الاداء فيكي في الصورة ان يكون حق الدائن خاليا من النزاع .

ويبأسر الدائن دعوى الصورة سواء كان حقه سابقا او لاحقا
للتصرف المظهر فيه بخلاف الدعوى البولصية . ومخلاف الدعوى البولصية
ايضا لا يشترط في الصورة ان يكون التصرف المظهر فيه قد ادى الى اعسار
من صدر منه ولا يشترط ان تؤدي الصورة الى اضرار بالدائن .

كل ما هنالك ان الامر في الصورة يفترض وجود عقد ظاهر وآخر
مستتر مع اتحاد الاطراف والموضوعات وان يكون بينهما اختلاف ايا من حيث
الطبيعة ، او من حيث ركن او شرط .

المطلب الثاني

آثار الصورية

١١٥ - نميز بين آثار الصورية بالنسبة للمتعاقدين وأثرها بالنسبة للغير .

وعن اثر الصورية بين المتعاقدين :

نصت المادة ١٩٩ من القانون المدني الكويتي على انه « اذا أبرم عند صوري كانت العبرة بالحقبة فيما بين المتعاقدين والخلف العام لكل منهما ، وسرى بينهما العقد المستتر . اذا ثوابرت له أركانه . دون العقد الظاهر » .

وهو ما نصت عليه المادة ٢٤٥ مدني مصري من انه « اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي » . فالاصل ان الصورية بذاتها ليست من أسباب بطلان التصرف وكما عمو واضح من النص فالدبرة بالتصرف الحقيقي . فان كانت الصورية مطقة لكان معنى ذلك العقد الظاهر لا يستتر أي عقد . ففي البيع الصوري مثلا لا يكون لطرفيه المطالبة بأي حق (٦٠) .

اما اذا كانت الصورية نسبية فلعبرة بالعقد الحقيقي دون الظاهر على ان تتوافر شروطه والا كان هذا العقد باطلا . وسرى فيه الأحكام في حق طرفي التصرف وكذا خلفهما العام . ويقع عب، اثبات الصورية على المدعي وفقا للقواعد العامة في الإثبات .

(٦٠) وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٤٨ من المشرع المصري لتقتضي أحكاما تشريعية الإسلامية في المعاملات المالية ونصها كالآتي :

« اذا ستر المتعاقدان عقدا حقيقيا بعقد ظاهر فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقي » .

وواضح ان هذه المادة المقترحة من المشرع تطابق المادة ٢٤٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ١٩٩ من القانون المدني الكويتي .

أثر الصورية بالنسبة للغير :

يقصد بالغير كل شخص لم يكن طرفاً في التصرف الصوري وتكون له مصلحة إما بالاستفادة أو الضرر * ويشمل الغير أي شخص غير المتعاقدين وظرفهما العام * ومنه دائن المتعاقد والخلف الخاص * والغير على هذا المعنى يمكن أن يتمسك بالعقد الظاهر إذا كانت مصلحته في ذلك على أن يكون حسن النية * فدائن المشتري في البيع الصوري له مصلحة في التمسك بالعقد الظاهر * كذلك يمكن للغير أن يتمسك بالعقد الحقيقي * مثال ذلك دائن البائع في بيع صوري فله مصلحة في التمسك بالعقد الحقيقي * وقد نصت على ذلك المادة ١/٢٠٠ مدني كويتي (م * ١/٢٤٤ مدني مصري) *

فإذا تعارضت المصالح وتمسك أحدهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخر بالعقد الحقيقي كانت الأنضلية لمن تمسك بالظاهر عملاً على استقرار المعاملات وحماية له * وهو ما نصت عليه المادة ٢/٢٠٠ من القانون المدني الكويتي (م * ٢/٢٤٤ مدني مصري) *

ويجوز على الغير مدعى الصورية عب، اثباتها * أي عب، اثبات صورية العقد الظاهر * ويكون له ذلك بكل الوسائل^(٦١) *

(٦١) ونصت على هذا الأحكام بخصوص أثر الصورية بالنسبة للمادة ١٤٩ من

المشروع المصري لثنتين أحكاماً للزريعة الإسلامية في المعاملات المالية كالآتي

١ - إذا أبرم عقد صوري فلدائن المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسي النية أن يتمسكوا بالعقد الصوري ، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويتبنوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم *

٢ - وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن وتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك بعضهم بالعقد المستتر كانت الأنضلية للأولين ، *

المطلب الثالث

الصورية في الفقه الإسلامي

١١٦ - الصورية والحيل الشرعية :

قلنا ان الصورية تعنى في الفقه القانوني اصطلاحاً مظهر كاذب، في تكوين تصرف قانوني وعلى الأخص إبرام عقد *، شبه ذلك في الفقه الإسلامي الحيلة * اذ يمكن أن نتصور من خلالها عقوداً صورية غير حقيقية * ونذكر في هذا الصدد ما قاله شيخ الإسلام ابن تيمية^(١٦) في خصوص التشديد على تحريم الربا ومنع الاحتيال له بكل الطرق * « وجماع الحيل نوعان : اما ان يضموا إلى أحد الموضوعين ما ليس بمقصود ، او يضموا إلى العقد عقداً ليس بمقصود » ومثل للنوع الثاني بأن « يقرن بالقرض محاباة في بيع أو اجاره او مساقاة ونحو ذلك * مثل أن يفرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي عشرة بمائتين او يكربه داراً تساوي ثلاثين بخمسة ونحو ذلك * فهذا او نحوه من الحيل لا تزول به المنفعة التي حرم الله من أجلها الربا * * وجاء في موقع آخر لابن تيمية أيضاً * لا يجمع بين معاوضه وتبرع لأن ذلك للتبرع كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً فيصير جزءاً من للمعوض * فإذا اتفقا على أنه ليس بمعوض جمعا بين امرين متنافيين * فان من أقرض رجلاً ألف درهم وباعه سلعة تساوي خمسمائة بألف لم يرض بالاعتراض الا بالثمن الزائد للسلعة ، والمشتري لم يرض ببذل ذلك للثمن الزائد الا لأجل الألف التي اقترضها * فلا هذا باع بيعاً بألف ولا هذا اقترض قرضاً محضاً ، بل الحقيقة : أنه أعطاه الألف وللسلعة بالثمن - وهكذا من أكرى الأرض التي تساوي مائة بألف وأغراه الشجر ، ورضى من ثمرها بجزء من ألف جزء ، فمعلوم الاضطراب : أنه انما تبرع بالثمرة لأجل الألف التي اخذها ، وإن المستاجر انما بذل الألف لأجل الثمرة * فالثمرة هي جل المقصود المقنود عليه او بعضه فليست الحيلة الا ضرباً من الغلب والا فالمقصود المقنود ظاهراً »^(١٧) * ولذا حققنا النظر في الفروض

(١٦) للعواعد النورانية للفقهاء لصيغ الإسلام ابن تيمية ، دار المصرفة - بيروت

١٣٩٩ م ، ص ١١٩ - ١٢٠ *

السابقة بأن لنا تصرف ظاهر وآخر خفي . وعلى سبيل المثال فالقرض بزيادة
ربا في الحقيقة وبيع في الظاهر . وفي هذا الإطار نصيب تطبيقات أخرى
للمسورية .

١١٧ - تطبيقات المسورية في نطاق الحيل :

في الإطار السابق للحيل في الفقه الاسلامي نقسم بعض تطبيقات
المسورية .

١١٨ - ١ - بيع التلجئة :

وهو البيع الذي يضطر اليه المرء لخوف ظالم أو لسبب ضروري آخر .
وهو بيع صوري ظاهر يخفى في باطنه اتفاقا مخالفا^(٦٤) .

وقد عرفت المادة ١٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام
أحمد بن حنبل للتلجئة بقولها : للتلجئة : هو التقيح باظهار عقد غير مقصود
باطنا . وكما هو واضح من التعريف . فان استخلاص المسورية فيه
لا يحتاج الى كبير عنا . وعلى كل حال فقد نبطل الحنابلة بيع التلجئة^(٦٥) .

راجع في الحيل الشرعية ايضا : الاستيهام والنظر . لابن نجيم . أشار اليه من
قبل . ص ٤١١ وقد عرف الحيلة بأنها الحق وجودة النظر . قال ان المراد بها هنا ما يكون
مخلصا شرعيا من ابتلي بحالته دنيئة - راجع ايضا في الموضوع . محمد عبد الوهاب
بحري . الحيل في الشريعة الاسلامية . الطبعة الاولى . ١٤٢٩ هـ - ١٩٧٤ م - ص ١٠٠ .
محصاني . فلسفة التشريع في الاسلام . الطبعة الرابعة . دار العلم للملايين . بيروت
١٩٧٥ . ص ٢٤٥ وما بعدها . راجع ايضا المادة ٢١٧ من مجلة الاحكام الشرعية على
مذهب الامام أحمد بن حنبل في تعريف الحيلة .

(٦٤) للقواعد النورانية الفقهية . لشيخ الاسلام د نعيمية . أشار اليه من
قبل . ص ١٤٢ .

(٦٥) راجع في تفصيل بيع التلجئة تطبيقا للمسورية في اتفق الاسلامي : مسبحي
محصاني . النظرية العامة للموجبات في الشريعة الاسلامية . أشار اليه من قبل ص ٢٩٩ - ٣٠٠ .

(٦٥) نصت المادة ٢٣٥ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل
على ما يأتي : لا يصح بيع التلجئة ظوئاً لشيء . انى ابيعته خفياً وتقية . وبياعه كان البيع
باطلاً . . راجع ايضا من نفس المجلة (م . ٢٣٦ . م . ١٥٤٦) .

ونشير هنا الى ما نعتقده أحد فروض للصورية في الفقه الاسلامي بمناسبة الشفعة . ونصت عليه المادة ١٤٤ من مرشد الحيران او قالت : اذا اخبر الشفيع بمقدار الثمن فاستكثره فسلم في الشفعة ثم تحقق له ان الثمن اقل مما اخبره به غله حق للشفعة ، ولنا ان نستخلص من أن النص يتناول فرض صورية الثمن في حالة للشفعة . كما لو افق مالك العقار مع أجنبي على شرائه بثمن يتحدد في العقد ويفوق كثيرا القيمة الحقيقية لهذا العقار وصولا الى منح الجار من المطالبة بالشفعة .

ومن أظهر فروض للصورية في الفقه الاسلامي ، وبخصوص الشفعة ايضا ، ما جاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم إذ قال : في الشفعة ، الحيلة ان يهب الدار من المشتري . ثم هو يوميه قدر الثمن وكذا الصدقة . او يقر ان اراد شراءها بها ثم يقر الآخر له بقدر ثمنها ، (٦٦) .

ووجه ذلك ان الشفعة انما تكون للجار في بيع العقار . وهذا هو المسلم به في الفقه الاسلامي . وعن طريق الحيلة يستطيع المالك ان يمنح الشفعة عن الجار . ويكون ذلك بأن يهب العقار لأجنبي ويؤدي الأجنبي له مبادا في صورة هبة أيضا . فالتصرف يتضمن في حقيقته بيعا وفي الظاهر هبة . ولا شفعة في الهبة . ويمكن ان تتأتى الحيلة على ما تقدم ايضا ، وصولا الى منح الشفعة عن الجار . عن طريق اقرار المالك بأن العقار للأجنبي يؤدي الاخير للأول مبادا من المال على سبيل الهبة وهو في الحقيقة عرض و . نحن . وهذا التصرف هو في حقيقته بيع وفي الاظهر هبة (٦٧) .

ويتضح لنا من ذلك ان عنك تصرفا مستترا وآخر ظاهرا وهو ما تمنيه الصورية في التصرفات القانونية .

في موقف اللطيفة من بيع للشفعة : راجع : حاشية رد المختار لابن عبيد ، مشار اليه من قبل . الجزء الخامس ، ص ٢٧٢ . ويقول ابن عبيد ، وبيع للشفعة وهو ان يظهر عقدا وما لا يريدانه يلجأ اليه لخبر عرفه وهو ليس ببيع في الحقيقة بل كالهزل .

= وفي موقف المالكية : راجع : قوانين الاحكام التشريعية لابن جزى . مشار اليه من قبل ، ص ٢٧١ .

(الاشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٤١٥ .

(٦٧) راجع تطبيقات أخرى ، محمد عبد الوهاب محبري ، المرجع السابق ، ص ١٧٢-١٨٢ :

المبحث الخامس

شهر الاعصار

LA CONDFITURE

١٢٠٠ - تقسيم :

نظم للقانون المدني المصري الاعصار المدني في الفصل الثالث بخصوص ما يكفل حقوق الدائنين من وسائل تنفيذ ووسائل ضمان في المواد ٢٤٩ . ٢٦٤ . والاعصار المدني في القانون يقابل في الفقه الاسلامي الحجر على المدين 'المفلس' (٦٨) .

وفي هذا الاطار نكتفي - ولو في عجلة - بالقأ، للضوء على شهر الاعصار ونعقب ذلك بايجاز عن الحجر على المدين المفلس في الفقه الاسلامي . ونخصص لهما مطلبين :

المطلب الأول : شهر الاعصار في القانون المدني .

المطلب الثاني : الحجر على المدين المفلس في الفقه الاسلامي .

(٦٨) ولم ينظم للقانون المدني الكويتي الاعصار . ونبمه في ذلك المشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية على خلاف القانون المدني المصري الحالي . فالمحل مد دل على ان نظام الاعصار لم يحقق للغاية المرجوة منه لكثرة نفقاته وظلة جهود الدائنين الذين يجدون في دعوى عدم تنفيذ التصرف وفي مسائل وسائل ضمان للتنفيذ ما يثنى عن الحكم بشهر اعصار المدين ، بل ظمما يلجأ الى هذه الوسيلة الا من يريد للتشهير بمدينةه وتجريح سمته .

المطلب الأول

شهر الاعسار

في

القانون المدني

١٢١ - يعد شهر الاعسار من الوسائل التي خولها القانون المدني للدائن لكي يضمن تنفيذ الدين للالتزامه ويتمكن من تجنب تصرفاته الضارة . ويفترض مع هذه الوسيلة - حيث مجالها الاساسي - ان اموال المدين لا تكني للوفاء بديونه المستحقة الأداء . على حد قول المادة ٢٤٩ مدني مصري . وعنى نحو ما ذكرت . فان الاعسار يتخذ صورة من اثنتين :

الأولى : الاعسار الفعلي ويعنى حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين - ولو كانت غير مستحقة الأداء - على امواله .

الثانية : الاعسار القانوني : مؤداه ان حالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحق الأداء عن امواله .

ونحن نتكلم - نقصد الاعسار القانوني (١) .

١٢٢ - طلب شهر الاعسار وشروطه :

عالميا ما يكون طالب الاعسار هو احد الدائنين بهدف غل يد المدين عن التصرف في امواله اضرارا بهم . على انه يمكن تصور قيام المدين نفسه بطلب شهر اعسار فقد يرى ان الظروف التي تحيط بعد شهر اعساره يمكن ان تشفع له اما في الحصول على آجال جديدة للديون الحالية ولما في سدد الآجال بالانصبة للديون المؤجلة .

وقد يكون المدين غارقا في الديون وقد وقعت عليه الحجز مما أدى الى حجز ايراداته فيكون طلب شهر اعساره حتى يستطيع الحصول على نفقة .

وعن شروط شهر الاعسار فيكني فيه ان تفوق ديون المدين المستحقة الأداء ما له من اموال . وهذا هو الاعسار القانوني كما ذكرنا . ويقع على عاتق طالب شهر الاعسار ان يثبت ذلك بكافة انواع الطرق .

١ - SAVATIER : op. cit., n. 325, p. 583.

(١٩) راجع :

وراجع في الاعسار بصفة عامة : المنهوي ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٦٨٧ ، ص ١١٩١ .

وما بعدها .

١٢٣ - الحكم بشهر الاعسار :

يكون شهر الاعسار القانوني بحكم يصدر من المحكمة المختصة وعلى المحكمة الابتدائية التي يقع في دائرتها موطن الدين . وتنظر المحكمة الدعوى على وجه السرعة (م / ٢٥٠ مدني مصري) . يلاحظ ان المحكمة غير ملزمة بإجابة طالب شهر الاعسار القانوني . فللمحكمة سلطة تقدير بموجب المادة (٢٥١) مدني مصري يتعين عليها ان تراعي في اقرارها جميع الظروف التي احاطت بالدين . سواء كانت ظروف عامة مثل ازمة اقتصادية او حرب او نقصان في ظروف خاصة كان يكون مبنيا .

ومتي كثر ذلك ، يتعين على كاتب المحكمة بموجب المادة ١/٢٥٢ ان يسجل صحيفة دعوى الاعسار في سجل خاص يرتب بحسب اسماء المدينين وذلك في اليوم الذي قُبِحت فيه دعوى الاعسار . وعليه ان يؤشر في هامش التسجيل المذكور بالحكم الصادر في الدعوى وكل حكم يصدر متايبده او الفائه وذلك كله يوم صدور الحكم . وعلى الكاتب أيضا ان يرسل للجهة المختصة صورة من التسجيلات والتاثيرات لاثباتها في سجل عام .

١٢٤ - آثار الاعسار :

يترتب على الحكم بشهر الاعسار عدة آثار نوجزها فيما يلي :

١٢٥ - أولا : سقوط الأجل :

يترتب على الحكم بشهر الاعسار حلول ما في ذمة الدين من ديون مؤجله (م / ٢٥٥ ١ مدني مصري) وبهذا يتمكن كل الدائنين بما فيهم اصحاب الديون المؤجلة من للتنفيذ على اموال الدين . وللقول بغير ذلك يؤدي ولا شك الى تقدم اصحاب الديون مستحقة الأداء . ومع أن سقوط الأجل يبدو للرملة الأولى امرا لا مفر منه . الا أن المشرع أجاز للمدين أن يطلب أجلا بخصوص الديون مستحقة الأداء . وإذا كانت الظروف تبرر ذلك فان القاضي يجيبه الى طلبه . (م / ٢٥٥ ١ مدني) .

١٢٦ - ثانيا : اتخاذ إجراءات التنفيذ ضد الدين :

باعتبار أن الاعسار المدني ليس اجراء جماعيا - بخلاف الاقساس التجاري - ضد الدين فان الحكم بشهر اعسار هذا الدين لا يمنع - بحسب الاصل - اي دائن من اتخاذ اجراء فردي ضده وصولا الى التنفيذ على امواله . وقد يقال بأن في ذلك ما يؤثر على المساواة بين الدائنين . ولابد على ذلك امر بسيط اذ ان في شهر الاعسار من العلانية ما يكفي لكي يعلم كل دائن

بالأمر وينضم للزميله في التنفيذ على أموال المدين إذا أراد بطبيعة الحال .
ونشير في هذا الصدد الى ما جاء بالمادة ٢/٢٥٦ مدنى مصرى من عدم
جواز الاحتجاج على الدائنين ذوى الديون ثابتة لتاريخ قبل تسجيل
صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا
التسجيل .

١٢٧ - ثانياً : عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة الدائنين :

إذا سجلت صحفته دعوى الاعسار على المدين يترتب عن ذلك عدم
سريان أى تصرف مسرور منه ويودى إلى انقضاء حقيقته و ربحه الذامنه .
وعلى الرغم من ذلك فقد اُجاز القانون للمدين التصرف فى أمواله وأبو يعر
رضه بـ (م ٢/٢٥٨ مدنى مصرى) سريته ان يتم التصرف بشمن
المضلى على ان يستعان بمختبر ، عند الخلاف وان يتولى المشتري ليداع الثمن
خزائنه احدثه حتى يوزع وغدا الاجراءات المؤرره . على أنه اذا نقص الثمن
عن ثمن المثل مان التصرف لا يسرى في مواجهة الدائنين الا اذا قام المشتري
بايداع فري للمدعى حتى استمرى به ما نقص من ثمن المثل . اضافة الى ما
تقدم . وفي التخفيف من شهر الاعسار على المدين . تجاوزت المادة ٢٥٩
مدنى مصرى تقرير نقضه لمدى اذا وقع الدائنون حيزاً على ايراده . ويكون
اقتطاع النفقة من ايراد المدين المحجوز وليس من رأس المال .

١٢٨ - رابعاً : تعرض المدين لعقوبة التجديد :

ينعرض المدين لعقوبة التجديد في حالتين (مادة ٢٦٠ مدنى مصرى) :
الاولى . اذا تمعد الاعسار على سبيل الفتى عند مطالبة بالدين بهوجب
دعوى وانتهى الأمر بصحور حكم بالدين ضده .
الثانية : اذا لم يكن امينا في مسلكه تجاه دائنيه بعد شهر الاعسار ،
كما لو اخفى أمواله هروباً من للتنفيذ عليها .

١٢٩ - خامساً : انتهاء حالة الاعسار :

قد تنتهى حالة الاعسار بحكم قضائى او بقوة القانون . وتنتهى
بالحكم اذا زال سبب شهر الاعسار (مادة ٢٦١ مدنى مصرى) ويكون ذلك
اذا ثبت ان ديون المدين أصبحت لا تزيد عن أمواله او اذا قام المدين بالوفاء
بديونه لتلى حلت ولا يرجع حلولها الى شهر الاعسار .

وتنتهى بقوة القانون بانقضاء خمس سنوات عن تاريخ التأشير
بالحكم الصادر بشهر الاعسار (مادة ٢٦٢ مدنى مصرى) وينتدى على انتهاء
الاعسار على النحو المتقدم ان يكون للمدين التصرف فى أمواله وأن يطلب
اعادة للديون التى حل اجلها بسبب شهر الاعسار الى اجلها السابق شريطة
ان يكون قد أدى ديونه لتلى حلت دون أن يكون للاعسار اثر فى حلولها .

المطلب الثاني

الحجر على المدين المفلس

في الفقه الاسلامي

١٣٠ - تقسيم :

في الحجر على المدين المفلس في الفقه الاسلامي نناول تعريف المفلس والحجر ثم نعرض لشروط الحجر وآثاره .

وعلى ذلك تنقسم دراستنا في هذا المطلب الى الفروع الآتية :

الفرع الأول : تعريف المفلس والحجر .

الفرع الثاني : شروط الحجر .

الفرع الثالث : آثار الحجر .

الفرع الأول

تعريف المنس والحجر

١٢١ - ورد تعريف الحجر في المادة ١٤٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني ، ويراد به « منع المالك من التصرف في ماله سواء كان هذا المنع من قبل الشارع كالحجر الذي على الصغير والجنون أو من قبل الحاكم كالحجر على المنس والمففيه » . ويبدو أن المجلة المذكورة قد عرفت الحجر بما يرتبه من أثر يفض النظر عن سببه وكيفية وقوعه . وأثر الحجر يتمثل على ما جاء بأفادة المذكورة في منع المالك من التصرف في ماله . سواء كان قد حجر عليه بسبب صغر السن أو الجنون أو لانه مدينون مفلس أو لانه سفيفه(٣٠) . وقد عرف ابن عابدين الحجر شرعا بأنه « منع من نفاد تصرف قولي »(٣١) .

(٧٠) راجع في معنى الحجر عند الحنابلة أيضا . كشف القناع . للبهوتي . مشار إليه من قبل ، ج ٣ ، ص ٤١٦ - وقد ورد في شرح مجلة الأحكام الحثية للاستاذ سليم رستم : اعلم أن أسباب الحجر ستة . البرق والصغر والجنون وضرر العامة والمدير والسفة - راجع ص ٥٢٨ .

(٧١) حاشية رد المختار لابن عابدين . مشار إليه من قبل . الجزء السادس . ص ١٤٢ وبهذا التعريف أخذت لدى المحاكم الشرعية في مصر : محكمة تلا الشرعية في ١٩٥٢/١٢/٤ وقالت : « الحجر في الشرع منع نفاد تصرف قولي » . وقد ورد للحكم في مجموعة مبادئ للقضاء الشرعي في خصاصين علما . لعدد نصر للجندى . المجلد الأول . الطبعة الثانية ١٣٩٨ هـ - ١٩٧٨ م ، دار الفكر العربي . القاهرة . راجع ص ٢٦١ .

وعند الصنفية « فصل الحجر المنع والخطر » والمجور عليه ممنوع من التصرف في ماله . وحجر للحاكم عليه أي منعه من التصرف » .

راجع . النظم المستعبد في شرح غريب المذهب لمحمد بن أحمد بن بطال للركبي . بديل مصاحف المذهب الشيرازي وقد اشترنا إليه من قبل . الجزء الأول ، ص ٣٣٥ .

أما عن الفلاس فقد عرفتته المادة ١٤٥٨ من مجلة الأحكام الشرعية
مسألة الذكر بقولها هو « من أزمه من الدين أكثر من ماله الموجود » .
وبيّن لنا من ذلك أن الفلاس هو مديون تزيد ديونه على أمواله (٣٢) .

أما المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام للعدلية فقد عرفت الفلاس مقرلها
« هو من كان دينه مساويا لماله أو يزيد منه » .

وبالمقارنة يبين لنا لاختلاف بين هذا للنص وما سبقه بخصوص تعريف
الفلاس . ونجعل هذا الاختلاف فنقول : أن النص الثاني قد أعطى للفلاس
معنى واسما يضيّق عنه معناه في النص الأول - وتفسّر ذلك أن هذا للنص
للتاني (مادة ٩٩٩) قد جعل الدين مقلما إذا زلت ديونه عن أمواله أو إذا
كانت مساوية لها . على حين لم يجعل ذلك للنص الأول (مادة ١٤٥٨)
الدين مقلما إلا في حالة واحدة تزيد فيها ديونه على أمواله . وقريب منه ما
أورده ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد من أن « الإفلاس في الشرع
يطلق على معنيين أحدهما أن يستغرق للدين مال الدين فلا يكون في ماله وفاء،
بجميعه وللتاني ألا يكون له مال معلوم أصلا » (٣٣) .

(٧٢) راجع في المعنى أيضا : كشف اللثاع ، لابهرتي ، مشار إليه من قبل .

ج ٣ ، ص ٤١٧ .

(٧٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد للإمام القرافي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد

ابن أحمد بن رشد القرطبي . للشهر بلبن رشيد الحفيد . دار الفكر ، مكتبة الخفجي

للجزء الثاني ، ص ٣٢٨ .

الفرع الثاني

شروط الحجر

١٣٢ - في الأبض الحنفى :

يجوز - بناء على قول الصاحبين - الحجر على الدين المفلس بطلب الغرماء^(٧٦) - وهو ما اخذت به مجلة الأحكام العدلية في المادة (٩٥٩)
لذا قالت : للحاكم أن يحجر الديون بطلب الغرماء^(٧٧) . . . ويتضح لنا من هذا النص :

انه يشترط للحجر على الدين أن يطلب الغرماء ذلك . وفي هذه الحالة يحكم للقاضي بالحجر . ويلاحظ أنه لا يشترط لذلك - حسب عموم النص - أن يكون الديون مفلسا . ونكتفي للتدليل على أن أنفلاس الديون ليس شرطا للحجر عليه - وهو مقتضى عموم النص السابق كما ذكرت للتو - بنص المادة (٩٩٨) من مجلة الأحكام العدلية . وقد نصت على أنه : لو ظهر عند الحاكم مماطلة الديون في أداء دينه مع قدرته على الوفاء وطلب الغرماء بيع ما له وتأدية دينه حجره للحاكم . فالحجر وفقا لما يقتضى به هذا النص يمكن أن يقع على الدين مجرد الماطلة في أداء دينه مع قدرته على الوفاء وذلك بغض النظر عن أنفلاسه من عدمه .

وعلى الرغم من ذلك ، فإنه يبين لنا من نص المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العدلية المذكورة من قبل ومما ورد في شرح المجلة تطبيقا عليها . . . انه لا يجوز الحجر على الدين ما لم يكن مفلسا^(٧٨) .

(٧٤) راجع شرح المجلة ، مشار إليه فيما سبق ، الموقع السابق .

(٧٥) ويذكر الامتياز سليم رستم أن مجرد دعوى الغرماء لا يكفي بل يجب أن يكون الدين محكوما به .

راجع شرح المجلة ، مشار إليه فيما سبق ، ص ٥٥٢ .

بصت المادة (١٥٠٩) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل أنه ، إذا طلب غرماً ، المفلس ولو بعضهم للحجر عليه أزم الحاكم أجابته ولا يحجر عليه دون طلب أحد من الغرما ، كما لا يحكم عليه بطلب نفسه ، . . . وفي ضوء النص ، يمكننا القول بأنه يشترط للحجر على اثنين ، وفي تمام الأول ، أن يطلب الغرما ، من الحاكم كلهم أو بعضهم ، عليه علا حجر دون طلب أحد من الغرما ، ولا حجر أيضاً بطلب الدين نفسه ، وفي تمام الثاني ، وكما هو واضح من صدر النص حين قال ، إذا طلب غرماً ، المفلس ، فإنه يشترط تحجر على الدين أن يكون مفلساً ، والمفلس هو من لزمه من الدين أكثر من ماله الموجود على نحو ما جاءت به المادة (١٤٥٨) من مجلة الأحكام الشرعية بخصوص تعريف المفلس كما عرضنا من قبل ، وما يؤكد انقلاص الدين شرطاً لا يجوز للحجر عليه دونه ما ذكرناه من قبل بخصوص تعريف الحجر على نحو ما جاءت به المادة (١٤٥٧) فالحجر وفقاً لها عبارة عن منع مالك من التصرف في ماله سواء كان المنع من قبل الحاكم كاللحجر على المفلس والسفيه ، والمعنى الواضح لذلك أن منع الدين من التصرف تجنباً للضرار بدانيه هو جوهر الحجر والانقلاص من مقتضى الحجر . . . ويشترط السادة (١٥١٠) من مجلة الأحكام الشرعية فوق ما تقدم اعلان الحجر عنى المفلس والإشهار عليه . . . (٧٧) وفي ذلك يختلف الحنفية عن الحنفية . . . ممد ذكر الأستاذ سليم رستم في شرح مجلة الأحكام العدلية أن الإشهار أي اعلان الحجر ليس بشرط لصحته وإنما يفعله القاضي خوفاً من الجور^(٧٨) .

وبنور التساؤل بخصوص معنى الانقلاص باعتباره شرطاً للحجر ، فإذا كن مقصود الانقلاص كما اسلفنا هو أن تزيد ديون الدين عن أمواله ، فإننا نتساءل عما إذا كان المقصود بهذه الديون الحال منها أم المؤجل ؟ .

ولجابة عن هذا التساؤل نقول : إذا كان يشترط للحجر طلب الغرما ، . . . فإن هذا الطلب يفترض حلول ديونهم ومن ثم فإن المقصود بالديون هو الحال

(٧٦) راجع المادة (٩٩٩) من مجلة الاحكام المحلية والتطبيق عليها . - سرح المحل
للأستاذ سليم رستم مشار إليه فيما سبق . ص ٥٥٥ .

(٧٧) وجاء في كتاب الفتاوى : ويستحب الإشهاد عليه لينتشر ذلك . وربما عزل الحاكم أو تمت فيثبت الحجر عليه عند الحاكم الآخر فلا يحتاج إلى ابتداء حجر مثله ،
الجزء الثالث . ص ٢٢٢ .

(٧٨) سرح المجلة . مشار إليه فيما سبق . ص ٥٥٢ - ٥٥١ .

من مجلة الأحكام الشرعية حين قالت « لا يحل الدين المؤجل بجنون للمدين منها وليس المؤجل » ونسوق في التذييل على ذلك ما ورد بالمادة (١٥٠٥) ولا تغليسه ، وما جاءت به المادة (١٥٣٧) من مجلة الأحكام الشرعية أيضا حين قالت : « لا يحل الدين المؤجل بتفليس الدين » ، « ووجه الاستدلال في النصين انه اذا كان افلاس المدين لا يؤدي الى طول ديونه المؤجله فان مؤدى ذلك ان هذا الافلاس لا يقوم بهذه الديون وانما بالحل منها » وعلى ذلك فالافلاس كشرط للحجر يعنى أن تزيد ديون الدين الحاله عن امواله .

١٣٤ - اما عن الشافعية :

فقد جاء في الاشياء والنظائر للسيوطي في باب الحجر « انواعه ذكر منها في لارousse ثمانية حجر للصبي والمجنون ، والسفيه ، والراعي للمرتدين والمريض للورثة ، والفلس لحق للفرء ، والعد لسيد ، والمرتد للمسلمين . . . وزاد السبكي : الحجر على المعتنق من وفاء دينه ، وماله زائد التمس له الفرء . في الأصح (٦) » وقال في موقع آخر قال المحامي في المجموع : الحجر اربعة اقسام . . . الثالث لا يثبت الا بحاكم ، وفي انفكلكه بكونه وجهان . وهو حجر الفلس ، (٨) » .

ويتضح لنا مما تقدم - انه يشترط في افلاس المدين ومن تم الحجر عليه ، أن يتمتع المدين عن وفاء دينه . ويصح للحجر عليه ولو كان له مال زائد يكفي لنوفا- (٨) شريطة أن يلتزم الفرء بالحجر من الحاكم .

١٣٥ - وعن المالكية :

« فقد جاء في كتبهم أن التفليس هو خلع للرجل عن ماله للفرء ، ماذا أحاط الدين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بديونه وقام للفرء عند التقاضي

(٧٩) الاشياء والنظائر للسيوطي ، مشار اليه من قبل ، ص ٤٥٨ .

(٨٠) الاشياء والنظائر للسيوطي ، مشار اليه من قبل ، ص ٤٦٠ .

(٨١) تفرق ما جاء بالمذهب الشيرازي في فقه الشافعية « وإن ركبته الدين ورفع الفرء ، الى للحاكم وسأله أن يحجر عليه نظر الحاكم في ماله . فان كان له مال يفي بالديون لم يحجر لانه لا حاجة به الى الحجر بل يأمره بقضاء الدين فان كان له مال لا يفي بالديون حجر عليه ويأمر ما له عليه » ، الجزء الاول من المذهب ، ص ٣٢٠ ، ٣٢١ .

(٨٢) تواتر الأحكام الشرعية ومسائل الفروع للفتحية لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٤٦ - ٣٤٧ . وهذا ويلاحظ لنا عند اشتراكنا فيما سبق الى نفس الموقع من نفس الكتاب في معرض بيان تصور الفقه الإسلامي لدعوى عدم نفذ التصرف من قبل .

فانه يجرى في ذلك على المدين لحكام للتفليس وهي خصصة ٠٠٠٠ (الرابع) ان يحجر عليه ، (٨٢) وتبعاً لذلك ، فان مزايا الحجر لدى الملكية ان يحيط للمدين بمسائل أحد بحيث لا تكفي أمواله للوفاء بديونه وان يلجأ للفرمان للقاضي الذي يحكم على المدين بأحكام للتفليس ومنها الحجر .

وبالمقارنة بين المذاهب الأربعة بخصوص شروط الحجر يتضح لنا ما يأتي :

١ - أن المذاهب تتفق جميعاً على شرط في الحجر يتمثل في ضرورة لجوء المرفوع للقاضي وطلبهم الحجر .

٢ - تختلف المذاهب فيما بينها بخصوص ما اذا كان إفلاس المدين ، من مقتضى الحجر . وفي هذا نرى الحنابلة والملكية يتفقون على أن الإفلاس من شروط الحجر . أما الحنفية ، فان هناك رأياً عبرت عنه المادة (٩٩٨) من مجلة الأحكام الدولية لا يستلزم الإفلاس للحجر للى جانب رأي آخر اشرفنا اليه في شرح هذه المجلة ويرى عدم جواز الحجر على المدين ما لم يكن مفلساً . . أما الشافعية ، فمنجدهم في هذا الخصوص يخالفون الجمهور في قولهم بالحجر على المدين المنتع عن وفاء ديونه ولو كان ماله زائداً .

الفرع الثالث

آثار الحجر

١٣٦ - عند الضحية :

يترتب على الحجر أولا منع الدين من التصرف في أمواله ويظهر ذلك من نص المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العدلية . ويلاحظ أن هذا الأثر مقصور - على حد قول المادة (١٠٠١) من المجلة المذكورة - على أموال الدين الموجودة وقت الحجر فقط . ومن ثم فإن هذا الأثر لا يشمل أمواله التي تملكها بعد الحجر . هذا بخلاف الحجر للسفاهة فإنه يؤثر في المال الموجود وقت الحجر والحادث بعده . والفرق أن حجر المدين لحق الغرماء بماله وقت الحجر لا بما يحدث بعده لأنه لم يكن موجودا (٨٣) .

يترتب على الحجر ثانيا بيع أموال الدين الفليس وقسمة الثمن للناجح بين الغرماء وذلك وفقا لما يقضى به حكم المادة (٩٩٩) من مجلة الأحكام العدلية .

وفي البيع يبدا بما يخشى عليه للتوى من عروضه ثم بما لا يخشى عليه ثم بالمعار . ولا يباع على الحيون سكنه إذا كان لا يمكن أن يجترى بما دونه وبه امتنعت الحامية (٨٤) . فالحيون لا يكف أن يسكن بالاجرة .

ويترتب على الحجر ثالثا : أن ينفق على المحجور الفليس وعلى من أزمته نفقته في مدة الحجر من ماله (مادة ١٠٠٠ من مجلة الأحكام الغرماء) . وعلة ذلك أن حاجة المحجور عليه مقومة على الغرماء . ويراد بالنفقة ما يكفيه بدون تقدير فلا ينبغي للقاضي أن يضيق عليه في نفقته قال في الخاتبة المحبوس بالدين إذا كان يسرف في اتخاذ الطعام يمنعه القاضي عن الاسراف ويقدر له المعروف والكفاف . وكذلك في الثياب يقتصد فيها ويأمر بالوسط ولا يضيق عليه في مأكوله ومشروبه وملبوسه (٨٥) .

(٨٣) شرح المجلة . القصار لايه فيما سبق . ص ٥٥٦ .

(٨٤) راجع الأستاذ سليم رستم ، شرح المجلة ، القصار لايه فيما سبق ، ص ٥٥٤ - ٥٥٥ .

(٨٥) راجع الأستاذ سليم رستم ، شرح المجلة ، القصار لايه فيما سبق ، ص ٥٥٦ .

١٣٧ - عند الضحية :

يترتب على الحجر وفي المقام الأول ، منع المالك من التصرف في ماله وهذا ما نصت به المادة ١٤٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . ويقتصر هذا الاثر على أموال المحجور عليه الموجودة وقت الحجر لانه بمجرد الحجر على الفلأس يتعلق حق غرمله بماله الموجود والحادث انه باثر أو نحوه وهذا ما نصت عليه المادة (١٥١٢) من مجلة الأحكام الشرعية في صورها .

وفي المقام الثاني ، يلزم الحاكم - حسبما تنقضى به المادة (١٥٣١) من مجلة الأحكام الشرعية - تقسيم ما كان من جنس الدين من مال الفلأس وبيع ما ليس من جنسه بفن المثل وتقسيمة ولا يشترط استئذان الفلأس والفرما ، والله وليمصحب حجاره وإشرازم عند البيع (٤١) .

ثالثا : يجب للفلأس ولعاليه أنفى نفقة مثلهم من مأكول ومشرب وكسوة وتجهيز ميت بهعرف دن . والله دنى يتسم . ويجب أن يترك له ما يحتاجه من مسكن وخادم وآلة وحرفة أو ما يتجدد به أن كان تاجر (مادة ١٥٣٢) من مجلة الأحكام الشرعية .

رابعا : من وجد عين ماله لدى المحجور عليه فلأس فهو أحق به . فلو وجد عين ما كان باعه مثلا فله استرجاعها (مادة ١٥١٩ من مجلة الأحكام الشرعية) . ولكن بنم الاسترجاع بشروط تصفيتها المواد ١٥٢٠ - ١٥٣٠ من المجلة المذكورة .

خامسا : لا يحل أجل اثنين المؤجل بتفليس الدين (مادة ١٥٠٥ - ١٥٣٧ من مجلة الأحكام الشرعية) .

(٨٦) ومن تطبيقات ذلك في المملكة العربية السعودية : رجع تعميم سماحة رئيس القضاء رقم ٦٨ وتاريخ ١٣٩٣/٢/٧ وموضوعه يتلخص في أنه : إذا حجر الحاكم على فلأس جاز بيع ماله وضمت على غرمله دون حضوره ولكن يصح وكيل عنه في ذلك ، منشور في مجوعة الأنظمة والوائح والتعليمات التي تصدرها وزارة العدل للطبعة الأولى ١٩٦٦ : فهرس أهم التعليمات الصادرة بتوقيع سماحة رئيس القضاء والموجودة بإدارة الوثائق والبحث ، ص ١٥٨ .

١ - وأعت للشرعية الإسلامية مصالح للفرما جميعا : فاجازت الحجر على موجودات المدين الثابتة والمتولة لسداد ديونه سوى ما تدعو إليه حالته للضرورة . إذا تم بيع هذه الموجودات فال غيمها نوزع على الفرما على قدر استحقاقهم إذا كانت هذه الموجودات غير مرمونه صحيحا

المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

فنتلخص آثار الحجر لديهم فيما يلي :

أولاً : ببيع حال المحجور عليه ويقسم ثمنه بين الفرءاء محاصة فقد جاء في المذهب للشيрази « وإن ركبته للديون ورفع الفرءاء إلى الحاكم وسأله أن يحجر عليه ... فإن كان ماله لا يفي بالديون حجر عليه وبيع ماله عليه » (٨٧)

ثانياً : استرداد من باع عبثاً من المحجور عليه قبل الإفلاس ولم يقبض الثمن - فقد جاء في المذهب للشيрази « وإن كان في الفرءاء من باع منه شيئاً قبل الإفلاس ولم يأخذ من ثمنه شيئاً ووجد عين ماله على صفته ولم يتطرق به حق غيره فهو بالخيار بين أن يترك ويضرب مع الفرءاء بالثمن وبين أن يفسخ البيع ويرجع في عين ماله » (٨٨)

أما عن منع المحجور عليه من التصرف في ماله فهي مسألة خلافية في فقه الشافعية .

١٣٩ - ولدى المالكية يتلخص للحجر فيها يأتي :

أولاً : لا ينفذ شيء من تصرفاته بعد التفليس سواء كان يعوض أو بغير عوض .

ثانياً : يقسم ماله على الفرءاء بعد أن يترك له كسوته وما يأكله إياها موأمله . واختلف هل تترك كسوة زوجته وهل ببيع عليه كتب العلم ثم يجتمع كل ما وجد له من أصول وعروض وغير ذلك وتباع الأصول والعروض ويقسم المجموع على الفرءاء ، وإن كان ماله لا يقوم بالديون تسم قسمة الخاصة وللعمل في الخاصة أن ينظر نسبة ماله من جميع للديون ويعطى كل واحد من الفرءاء بتلك النسبة من دينه .

ثالثاً : من باع سلعة ثم انطس المشتري أو مات قبل أداء الثمن غله أحوال منها : يكون للبائع أحق بسلعته في فليس المشتري وموته وذلك إذا كانت السلعة

(٨٧) المذهب ، للشيрази . ج ١ ، ص ٣٢٠ - ٣٢١ ، أشرنا إليه فيما سبق وتلناه نقلاً عن السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي .

(٨٨) المذهب ، للشيрази . مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٣٢٩ .

(٨٩) راجع في هذه الآثار : بدلية للجهت ونهية للتصدد لابن رشد الحفيد ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثاني ، ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

باقية بيد البائع . ومنها أيضا أن اللوائح آتت بالسلمة في فلس المشتري دون موته إذا كانت السلمة باقية بيد المشتري ومنها أيضا أن يكون البائع سواء مع سائر الغرماء في الموت والفلس إذا كانت للسلمة قد فانت أو ذهبت .

وابعا : أن تحل عليه الديون المؤجلة .

١٤٠ - مقارنة بين الحجر في الفقه الاسلامي والاعسار المدني في القانون :

١ - مر بنا أن الاعسار المدني في القانون قوله أن تزيد ديون الدين الحالية على امواله حيث يطلب للدائنون من القاضي للحكم بشهر الاعسار .

ولا يختلف القانون في ذلك عن للفقه الاسلامي في مجموعه حيث يحجر على الدين من قبل الحاكم بناء على طلب الغرماء . ولا يختلف في ذلك الا الشافعية وقد أجاز بعضهم الحجر على الدين المعتنع عن دفع ديونه ولو كان ماله زلدا كما ذكرنا من قبل .

٢ - وعن شهر الاعسار في القانون ، فإنه يستجيب لما ذهب اليه الحنابلة في المادة ١٥١٠ من مجلة الاحكام الشرعية من ضرورة اعلان الحجر على الفلس والاشهار عليه .

٣ - يتفق للقانون مع الفقه الاسلامي . فيما يترتب على شهر الاعسار والحجر من عدم سريان تصرفات الدين في حق الدائنين ، وما يرتبط بذلك من مساواة بينهم . فالحجر إجراء عام بالنسبة للتصرفات الضارة عموما شأنه في ذلك شأن الاعسار .

٤ - يتفق الحجر مع الاعسار في أن كليهما يسبق التصرف (١٠)

٥ - يبيح القانون . وقد أجاز أن يطلب الدين شهر اعسار نفسه . مخالفا لفقه الاسلامي ، إذ نصت المادة ١٥٠٩ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل على أنه « ولا يحجر عليه (الفلس) دون طلب أحد من الغرماء ، كما لا يحجر عليه بطلبه بنفسه » . ونذكر في هذا المقام بما قاله الاستاذ سليم رستم في شرح مجلة الاحكام العدلية ، ولوردناه من قبل إذ قال : ان الاشهار أي اعلان الحجر ليس بشرط لصحته ولما يفعله القاضي خوفا من الجحود .

(١٠) راجع . محمد زكي عبد البر . المرجع السابق . ص ١٢٤٧ .

الباب الثاني

أوصاف الالتزام

Modalites des Obligations

١٤١ - تمهيد وتقسيم :

ذكرنا من قبل ان دراستنا لاحكام الالتزام سوف تشمل دراسة الالتزام في حياته . فبعد ان يولد الالتزام بنشوئه من مصدره صحيحا تترتب آثاره . وقد عرضنا لهذه الآثار . والاصل في ذلك ، اى في لنتاج الالتزام لآثاره . ان يكون بسيطا ومنجزا . على معنى ان يكون عبارة عن رابطة بين دلتن واحد ومدين واحد وان يكون ولجب للتنفيذ فور نشوئه . الا ان ثمة أوصافا قد تلحق بهذا الالتزام اثناء حياته فتمحل ما في اصله من بساطة وتنجيز . وهذه الاوصاف اما ان تتعلق بوجود الالتزام او نفاذه ولما ان ترد على محله او تتعلق باطرافه .

وما يتعلق بوجود الالتزام او نفاذه يسمى للشرط والاجل . اما ما يرد على محل الالتزام فانه يجعل الالتزام بجليا او تخييريا ، اما ما يتعلق من الأوصاف باطراف الالتزام فيتمثل في تعددهم يطلق عليه التضامن وعدم قابلية الالتزام للتقسام ونخصص لكل منها فصلا على النحو التالي :

الفصل الاول : في الشرط والاجل .

الفصل الثاني : في الالتزام الجبلي والتخييري .

الفصل الثالث : في التضامن وعدم القابلية للتقسام .

الفصل الأول الشرط والأجل

١٤٢ - تقسيم

يمكن أن يلحق الالتزام وصفا يترتب عليه وجود الالتزام أو زواله أو نفاذه وقد يتمثل في الشرط أو الأجل ونتكلم أولا عن الشرط ثم عن الأجل ونخصص لكل منهما مبحثا :

المبحث الأول الشرط

La Condition

١٤٣ - نقتول الشرط في دواستنا في عدة نقاط :

- ١ - تعريف الشرط وأنواعه .
 - ٢ - ما يجب توافره في الشرط .
 - ٣ - آثار الشرط .
 - ٤ - الشرط في الفقه الاسلامي .
- ونخصص لكل منها مبحثا :

المطلب الأول تعريف الشرط وأنواعه

١٤٤ - تعريف الشرط :

الشرط هو أمر مستقبل غير محقق للوقوع يقرب عليه وجود الالتزام أو زواله (مادة ٣٢٣ مدني كويتي - مادة ٢٦٥ مدني مصري) .

مثال ذلك لو قال شخص لآخر ابيك هذا الشيء لو نجحت في الامتحان . فالنجاح في الامتحان وهو أمر مستقبل وغير محقق للوقوع يمد شرطا للالتزام بالبيع . وعلى ذلك فإذا كان الامر المستقبل محقق للوقوع خرجنا من نطاق الشرط ليكون الالتزام مضافا الى محل . فلو قال شخص لآخر ابيك هذا الشيء في اول ربيع الثاني . فباعتبار أن هذا التاريخ أمر مستقبل محقق للوقوع كان الالتزام مباليع مضافا الى أجل وليس معلقا على شرط .

الأول - الشرط الوائف :

ويكون أمرا مستقبلا غير محقق الوقوع يترتب على وقوعه نشوء الالتزام .
فوجود الالتزام يتوقف على تحققه . كما لو تعهد شخص لولده بأن يعيه مالا
معينا إذا نجح في الامتحان أو إذا تزوج . فالتنجاح أو للزواج كلاهما شرط يتوقف
على تحققه وجود الالتزام الأب . .

Condition Resolutoire

الثاني : الشرط الفاسخ :

وهو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع يترتب على تحققه زوال الالتزام .
كما لو أوصى رجل لامراته بمال معين إذا لم يتزوج بعد وفاته وانتسب
لتربية أولادها إلا أنها تزوجت بعد وفاته .

١٤٦ - تمييز الشرط عما يشبهه به :

وفي صو، ما سبق يمكننا ان نميز الشرط بمعناه الصحيح على النحو
المتقدم وما يخلط به هذه التمييز يمكن ان ينم في ضوء حقيقتين : الأولى
ومؤداها ان المصدر للوحد للشرط يجب ان يكون اراديا . فلا يجد الشرط بالمعنى
السابق مصدره في حكمة قضائي أو نص قانوني . أما الثانية فانما نذكر من
حالاتها على ان الشرط على المعنى سالف الذكر هو أمر عرضي أي خارج عن أوكان
الالتزام ولا يدخل في تقوينه . ومن ثم يتصور الالتزام بدونه . إذ الشرط وصف
بنحو التزاما لكدب به عناصر تكوينه . وعلى ذلك يمكننا القول بأنه مستحيل
ان ننظر إلى عنصر في تكوين الالتزام على أنه شرط .

في ضوء الحقيقة السابقة ، يجب عدم الخلط بين الشرط باعتبار وصفا
للالتمار من جهة وبين ما يضمن عليه في ألفقه شروط ينبغي توافرها لترتيب آثار
قانونية معينة من جهة أخرى . مثل اشتراط الإعلية وسلامة الإرادة من الصوب
باعتبارها من شروط صحة العقد . فهذه الشروط مصدرها للقانون بخلاف الشرط
باعتباره وصفا في الالتزام كما ذكرت منذ قليل . كذلك فهذه الشروط تدخل ضمن
تكوين العقد وليست أمرا عارضا أو خارجيا بخلاف الشرط كوصف في الالتزام .

إضافة إلى ما تقدم وفي ضوءه أيضا يتعين للترتبة بين الشرط وبين وصف
في الالتزام على المعنى الذي ذكرناه من جهة وبدون العقد التي تسميها شروطا
من جهة أخرى . كما لو اتفق المؤجر والمستاجر في مدة في عقد الإيجار على أمور
تخص صيانة العين المؤجرة . صحيح أنها قد تتفق مع الشرط كوصف في الالتزام
في أنها تنشأ عن مصدر ارادي هو الاتفاق . . . ولكن يلاحظ أن الشرط كبنية في
العقد لا يترتب على تحققه نشوء الالتزام أو زواله .

MAZEAUD : op. cit., p. 972, n. 1027.

SAVATIER : op. cit., p. 220, n. 176.

المطلب الثاني

ما يجب توافره في الشرط

١٤٧ - يجب أن يكون للشرط أمرا مستقبلا وغير محقق للوقوع ممكنا ومشروعا أي لا يخالف النظام العام والآداب . ويتعين فوق ذلك ألا يكون مناط تحققه لردة المدين وحدها (٢) ونفصل ما أجعلنا :

١٤٨ - يجب أن يكون الشرط أمرا مستقبلا :

نصت على ذلك المادة ٣٢٣ مدني كويتي (مادة ٢٦٥ مدني مصري) وبسببها على ذلك . فإذا كان الوصف الذي لحق الالتزام أمرا تحقق في الماضي كان الالتزام منجزا . وبعبارة أخرى ، لو علق الالتزام على امر وقع قبل التطبيق خرج الامر عن نطاق انشروط كوصف في الالتزام . فلو التزم شخص بأن يهب ولده مالا حال نجاحه واتضح انه قد نجح قبل أن يلتزم الولد . كان الالتزام الاخير منجزا في نشأته .

١٤٩ - يجب أن يكون الشرط أمرا غير محقق للوقوع :

وقد نصت على ذلك أيضا المادة ٣٢٣ مدني كويتي (مادة ٢٦٥ مدني مصري) وفي ضوءها يمكن القول بأنه إذا لحق الالتزام أمرا مستقبلا باعتباره وصفا فيه ، فإنه يخرج عن نطاق الشرط إذا كان محقق للوقوع ويصبح الامر في نطاق الاجل .

١٥٠ - الامكان :

يجب في الامر المستحيل غير محقق للوقوع ان يكون ممكنا في ذاته (مادة ٢٣٤ مدني كويتي - مادة ٢٢٦ مدني مصري) . ويكون للشرط غير ممكن اذا كان أمرا مستحيل الوقوع . والاستحالة المقصودة هي الاستحالة المطلقة .

ويختلف أثر الامر المستحيل تبعا لنوع الشرط . فإذا كان الشرط وانفصا فان الالتزام لا ينشأ في أي وقت . إذ كيف ينشأ وهذا الفشوء مطلق على امر يستحيل وقوعه ؟ إنما اذا كان الشرط فلسفا فان الالتزام لا يزول ويبقى قائما ويعتبر الشرط غير قائم .

ويلاحظ أنه اذا كان الأمر المستحيل غير محقق للوقوع أمرا يستحيل وقوعه نسبيا، فإن نسبة الاستحالة لاتعيب الالتزام اذا غلب على الفكر امكان وقوعها (٣)

SAVATIER : op. cit , n. p. 232-233.

(٢)

(٣) الفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ص ١٨٤ .

عبرت المادة ٣٢٥ معنى كويتي (مادة ٢٦٦ معنى مصرى) عن الشريعة بقولها أن الأمر المستقبل غير المحقق الوقوع يجب ألا يخالف النظام العام والآداب والا كان غير مشروع .

ويختلف الأمر لعدم الشريعة تبعاً لنوع الشرط . فإذا كان الشرط واقفاً : فإن الالتزام لا يقوم أو يعد معدوماً . إذ يبطل لعدم الشريعة . أما إذا كان الشرط فاسخاً : هناك احتمالان :

الأول : ألا يكون المستقبل غير المحقق للوقوع - والذي علق عليه الالتزام باعتباره شرطاً - هو السبب الدافع لى الالتزام . وفي هذه الحالة يبقى الالتزام ولا يزول ويعتبر الشرط غير قائم .

للثاني . أن يكون هذا الأمر المستقبل غير المحقق للوقوع هو السبب للدافع الى الالتزام في هذه الحالة يكون الشرط عنصراً جوهرياً في الالتزام فيبطل الشرط والالتزام .

١٥٢ - ألا تكون إرادة الدين وحدها منفاً تحقق الشرط إذا كان واقفاً :

ومعنى ذلك أنه إذا جاء الشرط - وفحواه على ما ذكرنا أمراً مستقبلاً غير محقق الوقوع - على أساس أن الدين يلتزم إذا شاء أو أن وجد ذلك مناسباً له كان شرطاً باطلاً لا يولد معه الالتزام . فللقاعدة إذن أن الالتزام لا يقوم إذا اقترن بشرط يتعلق بمحض لودة الملتزم وكان الشرط واقفاً .

وخلاصة ذلك بعبارة أخرى أنه يجب في الشرط للوقوف الذي علق عليه الالتزام ألا يكون شرطاً إرادياً محضاً من جانب الدين .

وبمفهوم المخالفة لحكم النص السابق ، فإن الشرط يكون صحيحاً ولو تحقق بإرادة الدين إذا كان فاسخاً ، لأن الالتزام قد وجد صحيحاً واتماً وتنطلق إرادة الدين بشأن الإبقاء عليه أو فسخه بخلاف ما إذا كان الشرط واقفاً ويتعلق بمحض إرادة الملتزم . فمن شأن الشرط أن يجعل عقدة الالتزام مخطئة منذ البداية (*) .

وغنى عن البيان أن الشرط يكون صحيحاً بصفة عامة ولو تحقق بإرادة الدائن سواء كان شرطاً فاسخاً أم واقفاً .

(٤) الفكرة الإيضاحية للقانون المعنى الكويتي . الوقع السابق .

١٥٣ - وفي هذا الصدد ، يفرق لالفقه الفرنسي بين أنواع ثلاثة من الشروط (*) :

الأول : الشرط الاحتمالي : Condition Casuelle

وعلى حد قول المادة ١١٦٩ من القانون المدني الفرنسي فهو شرط يعتمد في حدوثه على المصافحة ولا علاقة له بالدين أو للدائن . كما لو التزم شخص بنقل آخر إذا كان الطقس حسنا ويسمح بذلك . وهو شرط صحيح . مثال ذلك أيضا أن يلتزم شخص بأن يهب مالا لآخر إذا وضعت له زوجته طفلا من الذكور .

الثاني : الشرط الإرادي : Condition Potestative

هو الذي يتوقف تحققه على إرادة أحد المتعاقدين الدائن أو المدين وذلك على حد قول المادة ١١٧ مدني فرنسي . ويتخذ صورة من اثنتي عشرة .

فإذا ان يكون شرطاً إرادياً بسيطاً Condition simplement potestative

وهو شرط لا يتوقف على إرادة أحد الطرفين فقط بل بدوئف أيضاً على امر لا سلطان لايهما عليه . كما لو التزم شخص بتأجير منزله أو نقل إلى بلد آخر . وهو شرط صحيح . مثال ذلك أيضاً أن يلتزم شخص بأن يهب مالا لآخر إذا تزوج . فانزواج شرط إرادي يتعلق بإرادة للدائن أو المدين دون أنه يتعلق بظروف لا سلطان لايهما عليها .

أو يكون شرطاً إرادياً محضاً Condition purement potestative

ويمكن أن يكون مرهوناً في تحققه بإرادة المدين وحدها . كما لو التزم شخص ببيع شيء يملكه إذا أراد . وهذا الشرط باطل . كما يمكن أن يكون مرهوناً بإرادة للدائن . كما لو قال شخص لآخر اعطك هذا المال على سبيل الهبة إذا أردت أنت وهو شرط صحيح .

الثالث : الشرط المختلط : Condit.on mixte

وقد عرفته المادة ١٧٧١ من القانون المدني الفرنسي بأنه شرط يعتمد في وقوعه على إرادة أحد المتعاقدين وإرادة الغير في وقت واحد كما لو اشترط على أحد المتعاقدين التزوج بفتاة معينة وهو شرط صحيح .

(*) راجع في هذا التقسيم

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 747, p. 359.

SAVATIER : op. cit., n. 178, p. 232.

المطلب الثالث

آثار للشرط

١٥٤ - تقسيم :

في بحث آثار للشرط ، نتناول هذه الآثار في مرتبتين بالنسبة لنوعى للشرط :

للمرحلة الأولى :

ونبحث فيها آثار للشرط في فترة للتطبيق ونعني بها الفترة التي لم يتحدد فيها مصير الشرط بمدد . فلم يظهر أنه قد تحقق أو تخلف . ونفترق بشأنها بين للشرط للوائق وللشرط للقاصخ .

المرحلة الثانية :

ونبحث فيها آثار الشرط بمدد انتهاء فترة للتطبيق وهي الفترة التي يبين فيها مصير للشرط محسدا ما بتحقيقه أو تخلفه . ونفترق بشأنها أيضا بين للشرط للوائق وللشرط للقاصخ .

ويلاحظ أن هذه الآثار تخضع لقاعدة الأثر الرجعي للشرط .

ونبحث الآثار في المرحلة الأولى والثانية ثم نتناول فكرة الأثر الرجعي للشرط . كل ذلك في فروع ثلاثة :

الفرع الأول

آثار الشرط في فترة التعليق

١٥٥ - أولا : آثار الشرط الواقع :

باعتبار الشرط الواقع امرا مستقبلا غير محقق لوقوع يترتب على تحققه وجود الالتزام فانه ما دام الشرط - بهذا المعنى - في فترة التعليق أى لم يتحدد مصيره تحققا أو تخلفا فان الالتزام الذى علق عليه لا يكون موجودا بيقين وانما لا يمسد في وجوده أن يكون محتملا * ويقابل ذلك أيضا حق الدائن الذى يكون محتملا أيضا * إذ توجد علاقة قانونية في هذه الفترة بين الدائنين والمدين بالالتزام الشرطى فلا يعتبر أيهما من الغير بالنسبة للآخر^(١) .

وخلصنا ذلك أنه في فترة تعليق الشرط الواقع يكون التزام المدين وحق الدائن في نطاق الوجود الاحتمالى * ويترتب على ذلك عدة نتائج بالنسبة للمدين والدائن :

بالنسبة للمدين :

١ - لا يجوز للدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ ضد المدين لان التزامه غير مؤكد في وجوده وانما محتمل وبالتالي لا يكون نافذا *

٢ - ليس للدائن أن يطعن في تصرفات مدينه بالدعوى للبطلية * لان محالها الحقيقي يتحدد بتصرفات نافذة فيكون استخدام الدعوى من قبل الدائن لوقف نفاذها ، وللتزام المدين غير نافذ * وبعبارة أخرى فان امتناع المدين بالدعوى للبطلية مبناه ان حق الدائن غير مستحق الأداء *

٣ - اذا قام المدين بالوفاء بالالتزام - ووجوده محتمل - كان له ان يسترد ما وفاه باعتباره وفاء بغير مستحق^(٢) *

MAZEAUD : op. cit., p. 973, n. 1031

(١) راجع

MAZEAUD : op. cit., p. 973, n. 1030

(٢) راجع

بالنسبة للدائن (١) :

١ - إذا كان من غير الجائز للدائن أن يباشر إجراءات التنفيذ ضد الدين ، فيجوز له أن يتخذ ما يلزم من الإجراءات التحفظية ما هو كتيل بالحافضة على حقه (مادة ٣٢٦ مدنى كويتى - مادة ٢٦٨ مدنى مصرى) .
مثال ذلك قيد الزمن أو تجديده .

٢ - ما دلم أن حق الدائن لاحتالي ولم يتأكد وجوده بعد فانه لا يتصور الحديث عن بدء سريان التقادم للزمنى بالنسبة له .
٣ - يستطيع الدائن حال حياته أن يحول حقه هذا للغير كما يفوتل بوفاته الى الورثة .

٤ - يكون الدين ملتزما تجاه الدائن باحترام حقه . وعلى ذلك يكون مسئولاً عن كل ما من شأنه أن يحول بطريقة الفش دون تحقق الشرط (١) وقد نصت على ذلك المادة ١١٧٨ من القانون المدنى الفرنسى .

١٥٦ - ثانيا : آثار الشرط للفاسخ :

... كان الشرط الذى علق عليه الالتزام فاسخا كما لو اتفق بائع ومشتري الحصان على انتهاء البيع اذا لم يكسب الحصان جائزة سباق معين . يكون الالتزام موجودا فى فترة التطبيق أى قبل ثبوت تحقق الشرط (كسب للجائزة فى السباق) أو تخلفه . ومن ثم يجب على الدين أن يقوم بتنفيذه والا كان للدائن أن يتخذ ما يلزم من إجراءات التنفيذ لاجباره عليه . مثال ذلك الطعن فى تصرفات الدين بالدعوى البوصلية وتوقيع الحجر .

(٨) ولجس النتائج بالنسبة للدائن :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., 754, p. 763-764.

MAZEAUD : op. cit., n. 1033, p. 974.

(٩)

للفرع الثاني

آثار الشرط بعد انتهاء فترة التطبيق

١٥٧ - نقصد بانتهاء فترة التطبيق تلك الفترة التي يبين فيها
مصر الشرط محمداً إما بتحقيقه أو تخلفه . فالتطبيق ينتهي وفقاً لما ذكرنا إما
بتحقق الشرط أي بوقوع الأمر الذي كان مستقبلاً وغير محقق للوقوع . وإما
بتخلف الشرط أي بظهور عدم إمكان حدوث الأمر المستقبلي غير المحقق للوقوع .
وينتهي التطبيق بهذه الكيفية بالنسبة للشرط الوالف والفاسخ . ترى ما هي
الآثار المترتبة على ذلك ؟

١٥٨ - نولا : آثار انتهاء التطبيق بالنسبة للشرط الوالف :

إذا انتهى تطبيق الشرط الوالف بتحقيقه ، تأكد للترزم المدين في وجوده
بعد أن كان محتملاً وكذا حق الدائن . ومؤدى ذلك ببساطة وجوب التنفيذ
على عاتق المدين هذا من ناحية وإمكان قيام الدائن بإجباره عليه من ناحية
أخرى . وقد نصت على هذا الحكم المادة ١/٣٢٦ مكنى كويتى بقولها
« لا يقوم الالتزام المطلق على شرط ولف الا اذا تحقق الشرط » . (راجع
المادة ٢٦٨ مكنى مصرى) .

ويمكن القول لجمالاً بأنه في حالة تحقق الشرط الوالف تقترب بالنسبة
للدائن والمدين عكس ما يترتب من نتائج بالنسبة لهما في فترة تطبيق الشرط
لوالف على نحو ما ذكرنا من قبل .

أما إذا انتهى تطبيق الشرط الوالف بتخلفه ، فإن الأثر لجوهرى
الترتب على ذلك يتمثل في أن الالتزام المطلق عليه يعتبر وكان لم يفسأ في أي
وقت . ويستتبع ذلك - وبالضرورة - انتهاء كل ما اتخذته الدائن من إجراءات
لستناداً إلى الوجود الاحتمالي لحقه وتزول معها آثارها . ونقصد بطبيعة
الحال الإجراءات التحفظية التي اتخذها قبل انتهاء التطبيق .

ويلاحظ أن هذه الآثار السابقة تترتب كلها باثر رجعى من وقت انعقاد
التصرف وليس من وقت تحقق الشرط أو تخلفه .

١٥٩ - ثانيا : آثار انتهاء التطبيق بالنسبة للشرط الفاسخ :

إذا انتهى التطبيق بتحقيق الشرط الفاسخ ، فإن للزلم المدين الذى كان موجودا ومؤكدا في فترة التطبيق يزول * ونصت على هذا للحكم المادة ١/٢٢٧ من القانون المدنى الكويتى * (مادة ٢٦٩ مدنى مصرى) * ويستتبع ذلك أيضا زوال حق الدائن الذى يلتزم بأن يرد للمدين ما حصل عليه منه على مسيل الوفاء * .

اما إذا انتهى للتطبيق بخلف للشرط الفاسخ ، تالكذ للزلم المدين ويستمر في نفاذه بمد أن كان مهجدا بالزوال قبل انتهاء التطبيق * ويستتبع ذلك أن يستقر أيضا حق الدائن وما كان قد اتخذ من إجراءات وما قام به من تصرفات بشأنه * .

ويلاحظ أن هذه الآثار السابقة تترتب كلها باثر رجعى من وقت انعقاد التصرف وليس من وقت تحقق للشرط لو تخلفه * وبستثنى من الآثار للرجعى في حالة انتهاء تطبيق للشرط الفاسخ بتحقيقه ما قام به الدائن من أعمال الإدارة وبصن نية قبل انتهاء للتطبيق * اذ تبقى نافذة رغم زوال حق الدائن (مادة ٢/٢٢٧ مدنى كويتى - مادة ٢/٢٦٩ مدنى مصرى) * فلو كان للزلم للبائع مطلقا على شرط فاسخ وقام المشتري أثناء للتطبيق وقبل أن ينتهى بتأجير للشيء ثم تحدد مصر للشرط بتحقيقه ، فإنه ، وعلى للرغم من أن ملكية هذا للشيء تعود للبائع ، يبقى نافذا في حق باعتباره من أعمال الادارة * .

الفرع الثالث

فكرة الأثر الرجعي للشرط

١٦٠ - مضمون الأثر الرجعي للشرط :

ضمن المشرع المدني الكويتي هذه الفكرة في المادة ٣٢٨ (م ٢٧٠٠ مدني مصري) حين قال :

١ - إذا تحقق للشرط ، واقفا كان أو فاسخا ، استند أثره الى الوقت الذي تم فيه العقد ، الا اذا تبين من ارادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله يكون في الوقت الذي تحقق فيه للشرط .

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي اذا أصبح محل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلا لسبب أجنبي لايد للمصحين فيه ، *

وقد نص المشرع المدني الفرنسي على مبدأ الأثر الرجعي للشرط في المادة ١١٧٩ (١) .

وفحوى فكرة الأثر الرجعي للشرط Retroactivite de la condition

يتمثل في انه اذا تحقق الشرط أو تخلف ، واقفا كان للشرط أو فاسخا فان أثره يستند الى الماضي أي الى وقت انعقاد التصرف *

فلو علق البائع التزامه بنقل ملكية المبيع على شرط واقف مؤداه سداد المشتري كامل انقضاء الزمن وقام المشتري بالسداد تحقق للشرط وانتقلت الملكية الى المشتري ليس من وقت تحقق هذا الشرط للواقف بالسداد ولكن من وقت إبرام عقد البيع *

١٦١ - استثناءات على الأثر الرجعي للشرط :

هناك حالات ثلاث ، استثناءها النص السابق من الأثر الرجعي للشرط .

SAVATIER : op, cit., n. 177, p. 231-232

(١٠) ولجسج

الحالة الأولى :

وفيها أجاز المشرع للمتعاقدين استبعاد الأثر الرجعي للشرط بالاتفاق على ذلك ، بأن يتفق الطرفان على أن الالتزام يترتب أو يزول من وقت تحقق للشرط وليس من وقت انعقاد العقد . فالأثر الرجعي للشرط لا يبطئ بالنظام المصمم^(١١) .

الحالة الثانية :

قد يستبعد الأثر الرجعي للشرط لأن وجوده يتناقض مع طبيعة العقد . كما لو كان عقداً زمنياً . فإذا استخدم صاحب عمل عاملاً وعلق استخراجه على شرط واقف فإن التزامه باستخدام هذا العامل لا يكون نافذاً إلا من تاريخ تحقق الشرط ولا يتصور أن يعتبر هذا الالتزام موجوداً من إبرام عقد العمل^(١٢) .

الحالة الثالثة :

لا يكون الشرط أثر رجعي إذا أصبح محل الالتزام قبل تحقق الشرط مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه . فإذا كان الشرط وقتاً وملك محل العقد قبل تحقق الشرط بسبب لا يد للمدين فيه ، فإن تبعة الهلاك تقع بعد تحقق الشرط على المدين في العقود التبادلية وعلى الدائن في العقود الملزمة لجانب واحد . وإذا كان الشرط فاسخاً وملك محل العقد قبل تحقق الشرط فإن تبعة الهلاك تقع بعد تحقق الشرط على الدائن في العقود التبادلية وتقع على المدين في العقود الملزمة لجانب واحد^(١٣) .

وتطبيقاً لذلك فإنه لو علق البائع لالتزامه على شرط فاسخ وسلم البائع للمشتري ثم هلك الشيء في يده بسبب لا دخل له فيه . فإذا تحقق للشرط الفاسخ لا يكون له أثر رجعي ومن ثم يتحمل المشتري تبعة الهلاك إذ أن

(١١) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 758, p. 760

SAVATIER : op. cit., n. 117, p. 232

(١٢) راجع : محمد ليبي شنب ، المرجع السابق ، رقم ٣٣٦ ، ص ٣٣٨ - ٣٣٩ .

(١٣) عبد الحميد فرج الصده ، المرجع السابق ، ج ٢ ، رقم ٢١ ، ص ١٤ - ١٥ .
مع ملاحظة الاستثناء المعلق بأصل الإدارة التي قام بها الدائن في نطاق آثار انتهاء تطبيق شرط الفاسخ ، وقد عرضنا له من قبل .

الأثر الرجعي للشرط يقتضى أصلا اعتبار البيع كأن لم يكن . ومن ثم للنظر إلى البائع كما لو كان مالكا . وأعمال الأثر الرجعي يؤدي بنا إلى القول بأنه يتحمل تبعه الهلاك . ولكن والنص المشار إليه من قبل قد استبعد الأثر الرجعي للشرط ، فإنه يكون قد استثنى تبعه الهلاك منه . ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمشتري أن يسترد الثمن من البائع .

١٦٢ - الشرط في المشروع المصرى لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولا : تناولت المادة ٢٥٠ من المشروع للشرط باعتباره وصفا معدلا لأثار الالتزام وقالت : « يكون الالتزام معلقا على شرط إذا كان وجوده أو نفيه مترتبا على أمر مستقبلي غير محقق الوقوع » . وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٦٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٢٣ من القانون المدني الكويتي .

ثانيا : وتناول المشروع مقومات الشرط في نصين :

الأول : نص المادة ٢٥١ ويجرى على النحو التالي :

١ - يعتبر الالتزام غير قائم إذا علق على شرط مستحيل أو شرط مخالف للنظام العام أو الآداب ، وكان هذا الشرط وقتما . أما إذا كان الشرط فاسخا فإن للشرط ذاته هو الذي يعتبر غير قائم .

٢ - ومع ذلك لا يقوم الالتزام الذي علق على شرط فاسخ مخالفا للنظام العام أو الآداب ، إذا كان هذا الشرط هو السبب لاندفاع إلى الالتزام .

الثاني : نص المادة ٢٥٢ ويجرى على النحو التالي :

« لا يعتبر الالتزام قائما إذا علق على شرط وقف يجعل وجود الالتزام متوقفا على محض إرادة للالتزم » .

والنص الأول يطابق المادة ٢٦٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٢٤ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لهما من قبل .

أما النص الثاني ، فيطبق المادة ٣٦٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطبق المادة ٣٢٥ من القانون المدني الكويتي . وعرضا، لهما فيما سبق .

وتتطلب هذه النصوص جميعا في الشرط - وهو أمر مستحيل غير محقق الوقوع - أن يكون ممكنا ومشروعا وألا يتطرق بهض إرادة الملتزم إذا كان شرطا واقفا . وقد عرضنا لذلك تفصيلا من قبل .

ثالثا : وفي آثار الشرط لولف نصت المادة ٢٥٢ من المشروع على أنه ، لا ينفذ الالتزام المطلق على شرط واقف إلا إذا تحقق الشرط . على أنه لا يجوز للدائن ، قبل تحقق الشرط ، أن يتخذ من الاجراءات ما يحفظ به على حقه ، .

وهذا النص المقترح من المشروع يقابل المادة ٣٦٨ من القانون المدني المصري الحالي . وقد عرضنا للنص الأخير فيما سبق ونحن نقول آثار الشرط .

وفي بيان الاختلاف بين النصين ، يقتصر المشروع على القول - تطبيقا على النص المقترح - بأن كل ما طرأ عليه من تعديل هو لفظي . كما حذف من النص المقترح الإشارة إلى عدم قابلية الالتزام للتنفيذ القهري أو الاختياري والتي يتضمنها النص الحالي سالف الذكر (٣٦٨) .

ولنا أن نقول : أن النص المقترح من المشروع يقتضئ تعديلا لأسباب في حكم النص الحالي من القانون المدني . إذ منع الدائن بالالتزام معلق على شرط واقف من اتخاذ الاجراءات التحفظية وهو أمر يجيزه النص الحالي .

وعلى أية حال ، فإن ذلك النص المقترح من المشروع يقابل أيضا المادة ٣٢٦ من القانون المدني الكويتي . ويسرى هنا أيضا ما قلناه بخصوص الاجراءات التحفظية للدائن بالالتزام معلق على شرط واقف . فقد اجازها للنص الكويتي - على غرار النص الحالي للقانون المدني المصري - بخلاف نص المشروع سالف الذكر .

وإذا كان من تطابق نتجحت عنه ، ويقوم بين النصوص السابقة ، فإن مطه الحكم الخاص بآثار الشرط لولف قبل تحققه . إذ لا يكون نافذا . وفي آثار الشرط الفاسخ : نصت للمادة ٢٥٤ من المشروع على ما يأتي :

١ - يتوجب على تحقيق الشرط لنفاذ زوال الالتزام • ويكون الدائن ملتزماً برد ما أخذه فإذا استحال للرد لسبب يرجع إليه وجب عليه التعويض •

٢ - على أن أعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى نافذة رغم تحقق الشرط •

وهذا النص المقترح من المشروع انصاً يطالبو المادة ٣٦٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطالب المادة ٣٢٧ من القانون المدني الكويتي مع اختلاف بسيط في اللفاظ • وقد عرضنا فيما سبق للنصين الآخرين •

رابعا : وجاءت فكرة الأثر الرجعي في المادة ٢٥٥ من المشروع إذ قالت :

١ - إذا تحقق الشرط استند لثرو إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله انصاً يكون في الوقت الذي تحقق فيه الشرط •

٢ - ومع ذلك لا يكون للشرط أثر رجعي إذا أصبح تنفيذ الالتزام قبل تحقق الشرط غير ممكن لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه •

والنص يطالب المادة ٢٧٠ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطالب المادة ٣٢٨ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا فيما سبق للنصين الآخرين •

المطلب الرابع

الشرط في الفقه الاسلامي

١٦٣ - يتفق للفقه الاسلامي على ان للمقد لا يوجد في الخارج الا اذا وجد عقد وصيغة « ايجاب وقبول ومحل يرد عليه ويظهر اثر المقد فيه » وعلى الرغم من ذلك فقد ثار في هذا الفقه خلاف حول ما يعد من هذه الأمور ركنا في العقد . الحنفية يحصرون اركان العقد في الايجاب والقبول . وغير الحنفية يقولون ان هذه الأمور كلها اركان^(١٤) .

ومهما يكن من أمر مثل هذا الخلاف ، فان صيغة العقد في الفقه الاسلامي قد تكون منجزة او مطلقة ، وفي الأخيرة يكون العقد مطلقا على شرط فما المقصود بالشرط في الفقه الاسلامي ، وما هي انواعه ؟

١٦٤ - المقصود بالشرط في الفقه الاسلامي^(١٥) :

يطلق الشرط عند الفقهاء ويراد به معنى من اثنين^(١٦) :

المعنى الأول : للالتزام المتصرف في تصرفه بامر زائد عن أصل للتصرف سواء اكان الالتزام الزائد من مقتضى التصرف ام لا وسواء اكان فيه منفعة للمتصرف او لغيره ام لا . كما لو التزم البائع بشرط في البيع يقضي بتسليم المبيع .

المعنى الثاني : وفيه مقصودنا بالدراسة : الأمر للزائد عن ماهية الفعل وحقيقته الشرعية الذي يتوقف وجود الفعل على وجوده ، ويمدح بمدحه من غير تأثير لوجوده في وجود ذلك الفعل .

والأشهر بهذا المعنى يسمى شرطا جليا وتحت نوعان^(١٧) :

(١٤) راجع ، الشيخ مصطفى شبلي ، الدخول في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والنفوذ فيه ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٣٨٨ ، ١٩٦٩ ، ص ٤١٨ .

(١٥) راجع في هذا بحثنا في شرط النجس من التصرف بين الشريعة الاسلامية والتقانون الوضائعي .

(١٦) راجع : نظرية للشروط المتقدمة بالمعنى في الشريعة والتقانون للشيخ ركن الدين شحبلان ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٩ - ٣٤ .

١ - ما كان توقف المشروط فيه على وجود الشرط بحكم الشارع ووضعه
لما في ذلك الشرط من الملاحة للفعل والكمال له . كالطهارة وسائر الأمور الشرعية
في الصلاة ، وحولان البحول بالنسبة للزكاة . فانه شرط لوجودها .

٢ - ما كان توقفه المشروط فيه على وجود الشرط بفعل المكلف وجعله .
كما لو علق المكلف تصرفه على حصول أمر من الأمور المستقبلية المحتملة لوقوع
بإدائه من دولت للتطبيق في اللغة .

وفي هذا للنوع الثاني تنحصر دراستنا هنا للشرط في الفقه الإسلامي
باعتباره وصفاً في الالتزام ويرد على وجوده . إ لاطق الفقهاء على هذا النوع
من الشرط الجبلي « شرطا مطلقا » وسماوا العقد الذي يتضمنه « عقدا مطلقا
على شرط » . ومثاله أن يقول شخص إذا نجحت في الامتحان تصدقت بمبلغ
كذا على الفقراء .

أما الشرط بمعناه الأول لدى الفقهاء (الأمر الزائد عن التصرف) فيسمى
بالشرط العقيد ولا يدخل في دراستنا للشرط باعتباره وصفاً للالتزام^(١٨) .

وما ينبغي أن يلاحظ هو الفرق بين شرط للتطبيق وشرط للتقييد وبعبارة
أخرى يجب أن نفرق بين تطبيق للعقد على شرط من جهة ولتقترن العقد بشرط
مقيد من جهة أخرى .

فالعقد الملقى هو ما رتب وجوده على وجود أمر آخر أما لتقترن العقد
بشرط مقيد فيعني أن يزداد على العقد شرط فيه فائدة لأحد المتعاقدين
أو غيرهما .

(١٧) راجع ، الشيخ زكي الحنين شهاب ، المرجع السابق . الوقع السابق ، راجع
أيضا ، موسوعة الفقه الإسلامي ، المجلس الأعلى للعلوم الإسلامية ، ج ١١ ، مادة اشترط
ص ١٤٠ وما بعدها .

راجع أيضا : الالتزامات في الشرع الإسلامي . الجزء الثاني من الأعمال الكاملة للمرحوم
أحمد إبراهيم بك ، ١٣٦٣ هـ ، توزيع دار الاقتصاد بالقاهرة ، ص ١٦٩ وما بعدها .

(١٨) راجع في الموضوع : موسوعة الفقه الإسلامي ، مشار إليها فيما سبق مجلة البحوث
الإسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث الطبية والاقتصاد ، المجلد الأول ، المصد الثاني - مشار
إليها من قبل .

١٦٥- مسألة جين الشرط في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي :

ذكرنا أن الشرط باعتباره وصفاً في الالتزام يعني في الفقه القانوني أمراً مستقلاً غير محقق الوقوع . وبهذا لا يختلف عن معناه في الفقه الإسلامي على نحو ما ذكرنا بالتفصيل للنوع الثاني من الشرط للخطي . ويؤكد ذلك ما ورد في المادة ٣١٥ من مرشد الحيران من تعريف للشرط والتطبيق وتنص على أن « الشرط هو الالتزام مستقبل في أمر مستقبل بصيغة مخصوصه . والتطبيق هو ترتيب أمر مستقبل على حصول أمر مستقبل مع إقترانه بإداة من أدوات الشرط » .

ويؤكد أيضاً ما جاء في المادة ٣١٧ من مرشد الحيران وقد نصت على أن : « للعقد المطلق هو ما كان مطلقاً بشرط غير كائن أو بحدثة مستقبلية » .

وبين من النصين أن شرط للتطبيق وهو القصد في الفقه الإسلامي كوصف في الالتزام هو عبارة عن أمر مستقبل غير محقق الوقوع .

إضافة إلى ما تقدم ، فقد مر بنا أن الشرط باعتباره وصفاً في الالتزام في الفقه القانوني ، يتنوع إلى شرط واقف وشرط ناسخ ، ولا يختلف عن الفقه الإسلامي كثيراً في ذلك .

لذا الشرط الواقف في الفقه القانوني يطلق عليه في الفقه الإسلامي « الشرط المطلق » وقالت عنه المادة ٣١٧ من مرشد الحيران في عجزها ... « والمطلق يتأخر انعقاد مسببها إلى وجود الشرط فعند وجوده ينمقد سببها مفضياً إلى حكمه (١٩) » لا يتفق معه تعريف الشرط الواقف في الفقه القانوني على نحو ما عرضنا له من قبل ؟

أما الشرط للناسخ في الفقه القانوني ، فلا يعرف بهذه التسمية في الفقه الإسلامي . إذ الشرط للناسخ بمعناه في الفقه القانوني في بعض صور الشرط المقيّد في الفقه الإسلامي . وهي الصور التي يترتب على تحقق الشرط فيها زوال الالتزام تلقائياً دون لجوء إلى القاضي (٢٠)

(١٩) وهو نفس المعنى في المادة ٨٢ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالآتي : « المطلق بالشرط يجب ثبوته عند الشرط » .

(٢٠) وترويب منه ، ما نصت عليه المادة ٢٢٤ من مرشد الحيران « ينسخ العقد المشروط نسخه بالخيار إذا نسخ منه من له الخيار قولاً أو ضمناً ... » وما نصت عليه أيضاً المادة ٢٢٧ من مرشد الحيران « يتم العقد المشروط فيه الخيار ويلزم بمضى مدة الخيار بدون نسخ لا لاجازة العقد من شرط له الخيار » . والواضح من النصين أن استئصال من شرط له الخيار حقه في النسخ أو عدمه يترتب عليه إما نسخ العقد وزوال الالتزام في حالة استئصاله أو تأكيد العقد في غير ذلك . ليس في ذلك معنى للشرط للناسخ في القانون ؟

مثال ذلك لو شرط الواجب على الموعوب له لا يبيع العين الموعوبة فإذا خالف الأخير الشرط زالت الهبة عند الإامية . وكما لو باع شخص لآخر شيئا على أنه ان لم ينفذ الثمن في مدة ثلاثة أيام منه فلا يبيع بينهما فإن تأخر المشتري عن دفع الثمن في المدة التعلق عليها يقرتب عليه زوال البيع عند الحنفية دون حاجة لحكم قضائي(٣١) .

وبهنا هنا ان نشير الى موقف الفقه الاسلامي من الشرط المطلق . فقد نصت المادة ٢٥٤ من مجلة الاحكام للشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتي : « المبيع المطلق على شرط لا يصح . فلو قال يبع هذا او اشتريته بكذا ان رضى فلان او ان قدم ... لم ينعقد . لكن لو قال ان شاء الله صح ... » .

وعما يجب تولفه في الشرط باعتباره وصفا في الالتزام فلا يختلف فيه الفقه القانوني عما هو مقرر في الفقه الاسلامي . اذ اشترطت المادة ٣١٨ من مرشد الحيران لصحة التعليق « ان يكون محلول فعل الشرط معدوما على خطر الوجود لا محققا ولا مستحيلا » . وازدت المادة ٣١٩ من مرشد الحيران ايضا « ... والتطبيق على مستحيل لغو غير معتبر » .

وكما يبين من النص ، يجب ان يكون الشرط امرا مستقبلا ويجب كذلك ان يكون ممكنا . ليست هذه الشروط هي التي ينبغي تولفهما في الشرط كوصف في الالتزام في الفقه القانوني كما مر منا من قبل ؟

(٣١) راجع هذه الامثلة ومصادرها : للشيخ زكي الدين شحات ، المرجع السابق ، ص ٣٥ . ويمكننا ان نقرب منه نص المادة ٣٦٤ من مجلة الاحكام للشرعية « كل من شرط له الخيار ثبت له حق الامضاء والفسخ لدخل المدة الثبينة وينفسخ العقد بفسخه اما اذا انقضت المدة ولم يفسخ من له الخيار لزم للبيع » .

البحث الثاني

الأجل

LE TERME

١٦٦ - تقسيم :

تكوننا فيما سبق أن من أوصاف الالتزام ما يتعلق بوجوده أو نفاذه ،

وعلى الشرط والأجل .

أما وقد عرضنا للشرط ، فإننا نتناول الآن في هذا البحث . ونعرض
أولا لتعريف هذا الأجل وأنواعه المختلفة ثم نتكلم عن آثاره . ثم نعرض
للأجل في الفقه الإسلامي .

وعلى ذلك تنقسم دراستنا إلى المطلب الآتية :

المطلب الأول : تعريف الأجل وأنواعه .

المطلب الثاني : آثار الأجل

المطلب الثالث : الأجل في الفقه الإسلامي

المطلب الأول

تعريف الأجل وأنواعه

١٦٧ - أولا - تعريف الأجل :

الأجل عبارة عن أمر مستقبل محقق للوقوع يتوقف على تحقيقه نفاذ الالتزام أو انتهائه . (مادة ٣٢٩ مدنى كويتى - مادة ١/٢٧١ مدنى مصرى) (٢٢) .

ووفقا لذلك ، يكون التزام الأجل أو مضانا الى اجل او توقفه نفاذه أو لنقضائه على امر أو حادث مستقبل محقق الوقوع . مثال ذلك : حلول يوم معين فى المستقبل مثل اول رجب . وقد يترتب على حلول هذا اليوم نفاذ الالتزام فيكون الأجل ولتقا وقد يترتب عليه لنقضه الالتزام فيكون الأجل فاسخا . وهنا يتور التساؤل : فيما يتفق الأجل مع الشرط وفيما يختلف عنه ؟ اجابه على هذا التساؤل نقول : يتفق الأجل مع الشرط فى ان كلا منهما امر مستقبل وعارض أى لا يدخل فى تكوين الالتزام . ومع ذلك فان ثمة لاختلافا بينهما . على حين نجد الأجل محقق الوقوع فى المستقبل نجد الشرط غير محقق للوقوع .

١٦٨ - ثانيا - انواع الأجل :

ينقسم الأجل الى انواع تتمدد بحسب الأثر والمصدر والتعيين .

فمن حيث الأثر ، ينقسم الأجل الى اجل واقف واجل فاسخ (٣) :

فالاجل الواقف ، امر مستقبل محقق للوقوع يتوقف على تحققه نفاذ الالتزام كان موجودا . كما او التزم شخص بقاء مبلغ نقدى لآخر بمعد ستة شهور .

(٢٢) راجع ، عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط فى شرح القانون الملى الجديد .

ج ٣ ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، رقم ٤٦ ، ص ٧١ .

SAVATIER : op. cit., n. 173, p. 226-227

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 727, p. 746

أما الأجل الفاسخ ، فعبارة عن أمر مستقبل محقق للوقوع يترتب على حلوله انقضاء الالتزام . كما لو قام شخص بتأجير سيارته لآخر لمدة شهرين . إذ يترتب على حلول أجل الشهرين انقضاء الإجارة وقد نصت على النوعين المادة ٢٢٩ مدني كويتي .

١٦٩ - من حيث المصدر ، ينقسم إلى أجل لتقاضي وقانوني وقضائي (٢١) :

غالباً ما يتمثل مصدر الأجل في الاتفاق . وقد يكون صريحاً أو ضمناً . ومثال الأخير الالتزام بتوريد أغذية للمدارس . إذ لا يحل أجل مثل هذا إلا مع بدء للعام الدراسي .

وقد يرجع الأجل في مصدره إلى القاضي ويكون ذلك في الحالة التي يمنح فيها المدعي مهلة للوفاء بالتزله إذا كان هناك مجبر من الظروف . والأجل القضائي على هذا النحو يطلق عليه نظرة الميسرة .

أما عن الأجل القانوني ، فإنه يكون بنص من المشرع . كما يحدث عندما يمنح المشرع للمدين مهلة للوفاء بديونهم بسبب ظروف قاهرة مثل الحرب و الأزمات الاقتصادية .

١٧٠ - ومن حيث التعيين ، يكون الأجل معينا أو غير معين (٢٢) :

على أساس أن الأجل أمر أو حادث مستقبل محقق للوقوع فاما ان يتحدد مقدما وقت وتاريخ ونوع الأمر أو الحادث . ليقال أن الأجل معين وأما أن يكون هذا التحديد غير ممكن لأن وقت وتاريخ الأمر أو الحادث المستقبل غير معلوم على الرغم من أنه محقق للوقوع ليقال في هذه الحالة أن الأجل غير معين . ومثال الأول تحديد تاريخ يوم معين ومثال الثاني وفاة انسان ما زال حيا . إذ من غير الممكن أن يعلم الشخص ميعاد وفاته على الرغم من أنها أمر مستقبل محقق للوقوع .

MAZEAUD : op, cit., n. 1015, p. 968

SAVATIER : op, cit., n. 173, p. 226

١٦٩'

(م ١١ - الالتزام)

الطلب الثاني

آثار الأجل^(١٦)

١٧١ - نفرق بشأن هذه الآثار ، بين ما يترتب منها قبل انقضاء الأجل وما يترتب منها بعد ذلك * في فرعين :

الفرع الأول : آثار الأجل قبل أن ينقضى *

الفرع الثاني : آثار الأجل بعد أن ينقضى *

MAZEAUD : op. cit., n. 1019-1024, p. 969-970.

(١٦)

CARBONNIER : op. cit., n. 61, p. 215-217.

ونأخذ في آثار الأجل أيضا : السنهوري ، المرجع السابق ، رقم ٦٣ ، ص ٩٧

وما بعدها *

الفرع الأول آثار الأجل قبل أن ينقضى

١٧٢ - يعيز في آثار الأجل قبل انقضاؤه بين الأجل الواقف والأجل الفاسخ .

١٧٣ - أولا : الأجل الواقف :

لذا كان الالتزام مضافا إلى أجل واقف فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينقضى فيه الأجل (مادة ١/٢٣٠ منى كويتى - مادة ١/٢٧٤ منى مصرى) .

ومعنى ذلك ببساطة أنه قبل انقضاء الأجل يكون الالتزام موجودا ولكنه غير نافذ أى غير مستحق الأداء . . . ويترتب على وجود الالتزام غير نافذ عدة نتائج نوجزها فيما يلى :

١ - لا يجوز للدائن أن يجبر المدين على الوفاء ما دام الأجل لم ينقض . إذ يتعين لذلك أن يكون حق الدائن مستحق الأداء وهو غير ذلك بيقين لأن الأجل لم ينقض . كل ما هنالك وحسبما صرح به المادة ٢/٢٣٠ منى كويتى أنه يجوز لهذا الدائن أن يتخذ - وقبل أن ينقضى الأجل - من الإجراءات ما يحافظ به على حقه كأن يطلب بتأمين إذا كان يخشى ، ولأسباب مقوله ، اصرار المدين أو إفلاسه .

٢ - ارتباطا بما تقدم وتفريعا عنه ، وما دام حق الدائن غير مستحق الأداء لأن الأجل لم ينقض ، فإن التقادم للزمنى لا يبدأ في السريان بحق الدائن ، وهذا بدوى ، إذ يقتضى للتقادم لبدء سريانه ، أن يكون في استطاعة الدائن أن يطلب بحقه ، وذلك لا يمكن أن يتحقق إلا بعد انقضاء الأجل .

٣ - إذا قام الدين بالوفاء والأجل لم ينقض بعد ، لا يجوز له أن يسترد ما وفاه شريطة أن يكون على علم بعدم انقضاء الأجل والا كان له أن يسترد .

٤ - لا تقع المقاصة بين حق الدائن وحق آخر . كما أنه ليس في مكانة الدائن أن يطعن في تصرفات المدين بالدعوى للبوصية .

١٧٤ - ثانيا : الأجل الفاسخ :

لذا كان الالتزام مضافا إلى أجل فاسخ ، كان هذا الالتزام - على خلاف ما إذا كان الأجل - موجودا ونافذا ، وإن كان زواله أمرا محققا بطول هذا الأجل . ولما كان حق الدائن مستحق الأداء لانه نافذ فإنه يستطيع مطالبة المدين بالوفاء ، ويسرى للتقادم بحقه وله أن يطعن في تصرفات هذا المدين بالدعوى للبوصية .

الفرع الثاني

آثار الأجل بعد أن ينقضى

١٧٥ - لما كانت هذه الآثار مرهونة في حدوثها بانتقضاء الأجل فإن المنطق يقضى بالتعرف أولا على كيفية انتقضاء الأجل وذلك ببيان أسبابه قبل أن تعرض لهذه الآثار .

١٧٦ - أولا : أسباب انتقضاء الأجل :

ينقضى الأجل بسبب ضمن ثلاثة أسباب رئيسية تؤدي إلى ذلك . إذ ينقضى بحلوله أو بالنزول عنه أو بسقوطه .

١٧٧ - ١ - حلول الأجل :

إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل ، فإنه يحل بحدوث الأمر المستقبل الذي كان محققا للوعد . فإذا كان معينا ، أي محدد الوقت والتاريخ مثل حلول أول يوم في شهر معين ، حل الأجل بحلول هذا اليوم . وإذا لم يكن معينا ، أي غير محدد بوقت ولا تاريخ على نحو ما ذكرنا بخصوص ما إذا كان الأجل هو موت شخص ما زال على قيد الحياة ، يحل الأجل بحدوث الوفاة . ويلاحظ أن المادة ٣٢٣ مدني الكويتي قد نصت على حلول الدين المؤجل بموت الدين إلا إذا كان مضمونا بتأمين خاص أو قدم الورثة ضمانا كافيا . وهو حكم مأخوذ عن الفقه الاسلامي .

١٧٨ - ٢ - النزول عن الأجل :

ينقضى الأجل بالنزول عنه . وينبغي - وهذا بدوي - أن يكون النزول ممن له الحق فيه . وصاحب الحق في النزول هو من كان الأجل لمصلحته (٢٧) وغالبا ما يكون الأجل لمصلحة الدين ولكن يمكن أن يتمحض لمصلحة الدائن كما هي الحال في الوديعة كما يمكن أن يكون لمصلحة للدائن والمدين معا . ولا يملك التنازل في الحالة الأولى إلا المدين وفي الثانية الدائن . أما في الحالة الثالثة فلا يمكن للنزول عن الأجل إلا باتفاق الدائن والمدين . وفي هذا الصدد نصت المادة ٣٢١ من القانون المدني الكويتي على ما يلي :

(٢٧) عبد الحميد البدوي ، النظرية العامة للتزليمات ، ج ٢ ، أحكام الالتزام ، للنهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨ ، رقم ١٩٦ ، ص ٢٤٢ .

١ - يفترض في الأجل الولتف انه ضرب لمصلحة الدين الا اذا نص القانون او تبين من العقد او من الظروف انه ضرب لمصلحة الدائن او لمصلحة الطرفين معا .

٢ - ولذا تمضى الأجل لمصلحة أحد الطرفين جاز له أن ينزل عنه .

.....

١٧٩ - ٣ - سقوط الأجل :

حصرت المادة ٣٣٢ مدنى كويتى (مادة ٢٧٣ مدنى مصرى) اسباب سقوط الأجل ، وقيل أن تعرض لهذه الأسباب نود أن نشير - كما بينا لنا من النص - الى ملاحظة هامة مؤداها : أن السقوط مقصور على الأجل الولتف . إذ الأجل الفاسخ لا يسقط ، وعن اسباب السقوط نذكرها على النحو التالى :

(ا) يسقط حق الدين في الأجل الولتف اذا حكم بإفلاسه ونصت على ذلك المادة ٣٣٢/١ مدنى كويتى . والظاهر انه يختلف عن النص المقابل في القانون المدنى المصرى . فقد نصت المادة ٢٧٣/١ منه على سقوط حق الدين في الأجل اذا شهر افلاسه او اعساره وفقا لنصوص القانون . ومفهوم ذلك سقوط الأجل بشهر الافلاس اذا كان الدين تاجرا وبشهر الاعسار اذا لم يكن كذلك . وغنى عن البيان ان شهر الاعسار يختلف عن شهر الافلاس . فقوم الأخير تصفية جماعية لأموال الدين للتاجر بخلاف الأول وهو عبارة عن إجراء فردى ضد مدين غير تاجر .

ويرجع سقوط الأجل بهذا السبب الى أن الدائن قد رضى الأجل استنادا الى يسار المدين ، ولو بقى الأجل على الرغم من الافلاس أو على الرغم من شهر الافلاس أو شهر الاعسار كانت النتيجة غير عاجلة . إذ يستفقد فقط أصحاب الديون التى حلت وربما تستغرق حقوقهم كل أموال المدين ولا يبقى شيء لأصحاب الديون المؤجلة :

(ب) يسقط حق الدين في الأجل الولتف أيضا اذا أضعف بفعله الى حد كبير ما اعطى للدائن من تأمين خالص حتى لو كان هذا التأمين قد اعطى بمقد لاحق او بمقتضى لقانون وهذا ما لم يختار للدائن ان يطالب بتكملة التأمين . لما اذا كان أضعف لتأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه فان الأجل

يسقط ما لم يقدر الدين للدائن تأميناً كافياً (مادة ٢٣٢/ب مدني
كويتي - مادة ٢٧٣ مدني مصري) * والفرص أن حق الدائن
مؤجل ومضمون في نفس الوقت بتأمين خاص قدم له سواء كان
للتأمين مصدره الاتفاق كالرهن أو القانون كالامتياز * فإذا
أضعف التأمين إلى حد كبير ، يجب التفرة : أن يكون الإضعاف
بفعل الدين وفي هذه الحالة يسقط الأجل حيث يستطيع الدائن
أن يطالب بالوفاء الفوري بالالتزام * ومع ذلك فقد أعطى المشرع
للدائن الخيار بين سقوط الأجل أو الإبقاء عليه ومطلبة الدين
بتكملة التأمين الذي ضعف *

أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل
لارادة الدين فيه فإن الأجل يسقط لكن الدين يستطيع تجنب
ذلك إذا قدم ضماناً كافياً * فالخبر هنا للمدين بخلاف الحالة
للمسابقة *

ويلاحظ أن المشرع تطلب أن يكون إضعاف التأمين إلى حد
كبير بحيث يصبح في قيمته أقل من قيمة الدين * فالإضعاف
اليسير لا يكفي *

ويجب فوق ذلك أن يكون الإضعاف بفعل الدين كما لو
كان للتأمين رهناً على عقار يملكه وتصرف فيه بالبيع وتم
للتسجيل بعد إبرام الرهن وقبل اللقيد * فالرهن على هذا
لنحو لا قيمة له كتأمين *

وكما رأينا ، فإن الإضعاف قد يرجع إلى سبب لا دخل
لارادة الدين فيه كما لو تهدم المرهون بفعل زلزال مثلاً *
وعلة سقوط الأجل ترجع إلى اعتماد الدائن على التأمين الخاص
عندما رضى الأجل *

(ج) إضافة إلى ما تقدم ، يسقط حق الدين في الأجل للوقف أيضاً
إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتتبعه من تأمينات *

فإذا كان الدين قد وعد للدائن في العقد المتشبه بالالتزام بتتبعه
تأمين يضمن الوفاء بالحق المؤجل ولم يف هذا المدين بوعده ، سقط
الأجل * وعلة ذلك أن الدائن ربما اعتمد على الوعد بالتأمين من الدين ،
ولخلال الأخير به أحل بثقه الأول فيه *

١٨٠ - ثانيا : الآثار التي تترتب على انقضاء الأجل :

١٨١ - آثار انقضاء الأجل للوالتف :

الآثر للجورمى لانقضاء الأجل للوالتف صيرورة الالتزام نافذا ومستحق الأداء، وكان قبيل ذلك موقوفاً في نفاذه .

وعليه ، فإنه إذا لم يتم المدين بتنفيذ هذا الالتزام مختاراً يمكن للدائن أن يجبره عليه . كما تبدأ في السريان مدة التقادم بحق هذا الدائن يجوز له أيضاً المطعن في تصرفات مدينه بالدعوى البواسية وما نود أن ننبه عنه هنا . أن هذا الأثر لانقضاء الأجل يتم دون رجعيه . أى يصبح الالتزام نافذاً من وقت انقضاء الأجل وليس من الوقت الذى نشأ فيه والعبارة في ذلك بأن يوم التالى مباشرة ليوم الانقضاء لا يوم الانقضاء ذاته(٨) .

١٨٢ - آثار انقضاء الأجل للفاسخ :

يترتب على انقضاء الأجل للفاسخ ، انتهاء الالتزام الذى نصيف اليه ويتم ذلك دون اثر رجعي . على معنى أن يكون هذا الانقضاء بالنسبة للمستقبل . وقد نصت على انعدام الأثر الرجعي في هذه الحالة المادة ٢٣٥ مدنى كويتي (م - ٢/٢٧٤ مدنى مصرى) .

١٨٣ - الأجل المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولا : نصت المادة ٢٥٦ من المشروع على الأجل وجاء تعريفها له على النحو التالى :

١ - يكون الالتزام لأجل إذا كان نفاذه أو انقضؤه مترتباً على امر مستقبل محقق الوقوع .

٢ - ويعتبر الأمر محقق الوقوع ، متى كان وقوعه محتما ولو لم يعرف الوقت الذى يقع فيه .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., p. 748, n. 370.

(٢٨)

MAZEAUD : op. cit., n. 1024, p. 970.

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٧١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٢٩ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا للنصين الآخرين فيما سبق .

ثانيا : وتناول المشروع آثار الأجل في المادة ٢٥٧ ونصها كالآتي :

« ١ - إذا كان الالتزام مضافا إلى أجل واقف ، فإنه لا يكون نافذا إلا في الوقت الذي ينتقض فيه الأجل . على أنه يجوز للدائن قبل انقضاء الأجل أن يتخذ من الإجراءات ما يحفظ به على حقوقه . وله بوجه خاص أن يطالب بتأمين إذا خشي لفلاس الدين أو عساره واستند في ذلك إلى سبب معقول »

٢ - ويترتب على انقضاء الأجل للفاسخ انتهاء الالتزام ، دون أن يكون لهذا الانتهاء أثر رجعي » .

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق المادة ٢٧٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما يطابق المادة ٣٣٠ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا للنصين الآخرين فيما سبق .

ثالثا : وتناول المشروع أمر النزول عن الأجل لمصلحة من يكون في المادة ٢٥٨ إذ قالت :

« ١ - يفترض في الأجل أنه ضرب لمصلحة الدين ، إلا إذا تبين من العقد أو من نص للقانون أو من الظروف أنه ضرب لمصلحة الدائن أو لمصلحة الطرفين معا » .

٢ - وإذا تمضى الأجل لمصلحة للطرفين ، جاز له أن ينزل عنه بإرادته المنفردة » .

وهذا النص مستحدث ولا نظير له في القانون المدني المصري الحالي . ولكنه يطابق تماما المادة ٣٣١ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لها من قبل في دراستنا لانقضاء الأجل بالنزول عنه .

رابعاً : وعن سقوط الأجل : نصت المادة ٢٦٠ من المشروع على ما يأتي :

يسقط حق الدين في الأجل :

١ - إذا شُهر إفلاسه ، أو ثبت إعساره بأن كانت أمواله لا تبقى بالدينون للحالة .

٢ - إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطي للدائن من تأمين خاص ، ولو كان هذا التأمين قد أعطي بمقتد لاحق أو بمقتضى القانون ، وهذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين أما إذا كان لضمان التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لازمة للدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم الدين للدائن ضماناً كافياً .

٣ - إذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تأمينات ، والفقرة الأولى من هذا النص تقابل الفقرة الأولى من المادة ٢٧٣ من القانون المدني المصري الحالي التي تقول « إذا شُهر إفلاسه أو إعساره وفقاً لنصوص القانون » .

وقد عجلت هذه الفقرة على النحو المذكور في المادة المقترحة ، لأن المشروع لم يقر نظماً الإعسار مع إبقائه على الحكم الخاص بطول أجل الدين إذا ثبت إعسار الدين بأن كانت أمواله لا تبقى بدينونه المستحقة الأداء .

ونشير أيضاً إلى أن للفقرة الأولى من نص المشروع اتساعاً يقابل الفقرة الأولى من المادة ٣٣٢ من القانون المدني الكويتي . مع ملاحظة فارق أساسي يتمثل في أن تلك الفقرة من النص الكويتي قد اقتضت على ذكر الإفلاس وقد أُلحنا من قبل إلى هذا الاختلاف عند مقارنة النص الكويتي بالنص المصري الحالي .

أما للفقرتان الثانية والثالثة من النص المقترح في المشروع ، فتطابقان الفقرتين الثانية والثالثة من المادتين : ٢٧٣ من القانون المدني المصري الحالي ، ٣٣٢ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لهما فيما سبق .

المطلب الثالث

الأجل في الفقه الإسلامي

١٨٤ - الأجل وتعريفه في الفقه الإسلامي (٢٩) :

أن إضافة الالتزام إلى أجل أمر معروف وجازز في فقه الشريعة الإسلامية ودليل جوازه قوله سبحانه وتعالى في سورة البقرة « إذا تداینتم بدین إلى أجل مسمى » (٢٠) وقد عرفت المادة ١٨٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل للتأجيل بقولها « للتأجيل : هو تأخير تسليم الموض بالتراضی إلى وقت معين » (٢١) ويختلف التأجيل بذلك عن للتقسیط الذي عرفته المادة ١٨٨ من نفس المجلة بقولها « للتقسیط : هو تأجيل العرض مفرقا إلى أوقات متعددة وكل جزء يحل وقته يسمى قسطا » (٢٢) ٠٠ هذا وقد عرفت المادة ٣٢٠ من مرشد الحیران للتعديل المضاف بقولها « العقد انضاف هو ما كان مضافا إلى وقت مستقبل » ٠

١٨٥ - أنواع الأجل : يتنوع الأجل في الفقه الإسلامي على النحو التالي :

١٨٦ - أولا : الأجل المعلوم والأجل المجهول :

يمكن أن يكون الأجل معلوما ونصت المادة ٣٦٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « البيع مع تأجيل الثمن مدة معلومة أو تقسيطه صحيح إلا في ربا لنفسه » وجاء في المادة ٤٨٨ من نفس المجلة بخصوص السلم ما يلي : « يشترط ذكر أجل معلوم له دفع عادة ولو مقسطا على أقساط » فلو جهل أو أبهم فسد السلم فلو أجل إلى أسبوع أو شرا تعجيل للبعض ثم يصح للعقد » ٠

(٢٩) راجع : عبد الناصر الطنطا ، نظرية الأجل في الالتزام في الشريعة الإسلامية وللوقائع العربية .

(٣٠) أول الآية رقم ٢٨٢ من سورة البقرة .

(٣١) وهو التعريف الذي جاءت به المادة ١٥٦ من مجلة الأحكام للحلية إذ قالت للتأجيل تطبيق الدين وتأخيره إلى وقت معين » .

(٣٢) نفس المعنى الذي جاء بالمادة ١٥٧ من مجلة الأحكام للحلية إذ قالت « للتقسيط تأجيل أداء الدين مفرقا إلى أوقات متعددة معينة » ٠

الشرعية في خصوص نظرة الميسرة : « لذا دعا صاحب الحق غريمه الى التقاضي بعد ثبوت الحق وحطوله ولم يدع الغريم للمدعى فانه يؤمر بالأداء » فن قال امهلوني بينما يتيسر لي اعطى رهنا أو ضامنا بالمال ويؤخره التقاضي مدة على حسب قلة الدين وكثرته وذلك يرجع الى اجتهاد القاضي » (٣٧) .

١٨٧ - ثالثا : الأجل للوقف والأجل للفلسخ (الوقوت) :

ان ما سمي بالأجل للوقف في القانون كما اوضحنا فيما سبق نجد تصوره في الفقه الاسلامي في نطاق ما يعرف « بالعقد المضاف » وقد اشرنا الى تعريفه من قبل خلال المادة ٣٢٠ من مرشد الحيران . وهو العقد الذي يكون منعقدا في الحال ، كل ما هنالك ان حكمه لا يقع قبل حلول الوقت الذي اضيف اليه .

وعنى حد تعبير النص المذكور ان العقد المضاف ينعقد سببا في الحال لكن يتأخر وقوع حكمه الى حلول الوقت المضاف اليه . مثال ذلك الاجاره اخلافه كما نصت عليها المادة ٥٢٧ من مجلة الاحكام الشرعية بقسولها « الاجاره المضافة : هي الاجاره لمدة تتبدى من وقت مستقبل » (٣٨) والمعنى الواضح لذلك ان قوام هذا النوع من الاجاره ينمطل في ان العقد به يكون منعقدا في الحال على ما ذكرنا منذ قليل لكن حكمه اى اثره لا يقع ولا يترتب تبيل حلول الاجل المضاف اليه او على وجه الدقة لا يقع الا بحلول هذا الاجل وقد مثلت لذلك المادة ٥٣٧ من مجلة الاحكام الشرعية بمنااسبة قولها بصحة الاجاره المضافة في الاعيان العينة والموصوفة . « لو اجره هذه الدار مدة تتبدى من اول السنة المقبلة او اجره ابلا موصوفة مدة مستقبله صحت الاجاره » .

(٣٧) تولين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار اليه من تل ، ص ٣٤٥ - ٣٤٦ .

وسوف نعرض لنظرة الميسرة في الفقه الاسلامي فيما بعد عند تناول انقضاء الالتزام بالوفاء في هذا الفقه .

(٣٨) وقد عرفت المادة ٤٠٨ من مجلة الاحكام الحلية الاجارة المضافة بقسولها « الاجارة المضافة ايجار محتر من وقت معين للمستقبل مثلا لو استؤجرت دار بكذا نقولا لكذا مدة اعتبارا من اول الشهر لثلاثي الاتي تنعقد الاجارة مضافة » . ونصت المادة ٤٤٠ من مجلة الاحكام الحلية على ان « الاجارة المضافة صحيحة وتزعم تبيل حلول وقتها »

أما وقد بان لنا مما تقدم بمنسبة الاجاره المضافة - ان عقد
الاجاره قد ابرم مضافا الى أجل هو امر مستقبل محقق الوقوع ولن آثار
هذا العقد لا تترتب وبالتالي لا يكون نافذا الا بطول أجل معين في المستقبل ،
ليس في ذلك ما يسمى في القانون اجلا واقفا ؟ للمنا - في الاجاره المضافة -
بصدد امر مستقبل محقق الوقوع يتوقف على تحققه نفاذ الالتزام كان موجودا
من قبل ولم يكن نافذا ؟

أما عن الأجل الفاسخ فقد مر بنا ضمن انواع الأجل في القانون ،
وفي الفقه الاسلامي يمكن تصور فكره هذا الأجل - دون تسميته - في نطاق
ما يعرف بالعقد المؤقت باعتباره من العقود التي تقترون بأجل في هذا الفقه
الى جانب العقد المضاف .

ويمكن أن نعثر له بالاجاره لمدة معلومة . وجاء في المادة ٥٣٤ من مجلة
الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل عن هذه الاجاره : تصح
اجارة للمعين المعينه الى أمه معلوم أو لعل معلوم كاستئجار الدابة شهرا أو
لركوبها الى محل معلوم ، وكذا استئجار شخص لخدمة سنه أو لبناء معلوم أو
خياطة ثوب معين .

وكما يبين من النص ، فالعقد المؤقت ، ينعقد ويقع حكمه في الحال .
أي على معنى أنه ينعقد ويكون نافذا بوقوع آثاره في الحال . فهو عقد
موجود ونافذ ، أما للتوقيت فيرد على المدى الذي تترتب معه هذه الآثار .
فقد تترتب لمدة معلومة أو لعل معين ، وتنتهي بنهاية هذا المدى أي بانتهاء
المدة أو العمل .

وبعبارة أخرى أن العقد الموقوت ينعقد ويقع حكمه في الحال وينتهي
للحكم بطول أجل معين . وعلى نحو ما ذكره النص السابق ، تنعقد اجارة
المعين المعينه الى أمه معلوم أو لعل معلوم ويقع الحكم وينتهي بانتهاء الامد
أو للعمل كمن يستأجر دابة لمدة شهر أو لركوبها الى محل معلوم إذ تنعقد
الاجاره ويقع حكمها في الحال بتسليم المعين وانتفاع المستأجر الا أن الحكم
ينتهي بانتهاء الشهر أو بالوصول الى المحل المعلوم وكل ذلك يفترض بطبيعة
الحال أداء للمستأجر للأجرة .

ونستخلص مما سبق أن الالتزام في العقد الموقوف اضيف الى أجل
من شأن تحققه أن ينقضي معه الالتزام . وهذا ما عرفه للقانون باسم
الأجل الفاسخ .

١٨٨ - آثار الأجل :

وعن آثار الأجل في الفقه الاسلامي ، فنكتفي فيه بما أوردها بخصوص
العقد المضاف والعقد المؤقت . فكلاهما يقترون بأجل لكن الأول ينعقد في

للحال وحكمه لا يقع الا مع طول الأجل اما للثاني فينمقد ويقع حكمه في الحال الا ان هذا الحكم ينتهي بطول الأجل .

وبعبارة أخرى ، ان الأجل في الأول يؤدي الى نفاذ الالتزام بينما يؤدي في الثاني الى لنتهائه .

١٨٩ - سقوط الأجل في الفقه الاسلامي :

ينقضي الأجل في الفقه الاسلامي بسقوطه . ويسقط الأجل باديء ذي بدء بطوله كما قد يسقط بالنزول عنه او بوفاء الدين او اقالسه . ونبحث الأسباب الثلاثة الأخيرة :

١٩٠ - ١ - للنزول عن الأجل :

يفترض في سقوط الأجل بالنزول عنه ان يكون للنزول من صاحب الحق وهو من كان الأجل لمصلحته .

وذهب الأحناف الى القول بان الأجل لمصلحة الدين . وتايل ذلك ما جاء في المادة ٨٥٩ من مرشد الحيران من انه اذا كان الدين مؤجلا على الاصيل وكفل به احد تاجل على الكفيل أيضا . وكذلك ما نصت عليه المادة ٨٦٥ في مرشد الحيران من انه اذا تكفل للكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلا فالأصل انه يتأجل على الاصيل والكفيل . ويضاف الى ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ٨٦٤ من مرشد الحيران بخصوص اذا كان المكفول به ديناً مؤجلا فغفمه الكفيل للدائن ممجلا فلا يرجع به على الاصيل لو كانت الكفالة بأمره الا عند طول الأجل .

ولعل في هذه الأحكام ما يدل على ان الأجل لمصلحة الدين بصفة عامة دون الدائن لدى الأحناف^(٣٦) وعليه ، فالنزول عن الأجل يكون للمدين دون الدائن^(٣٧) .

(٣٦) راجع أيضا حكم المادة (١٥٥) من مجلة الاحكام العالية - وراجع -
الاستياء والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ .

(٤٠) راجع حكم المادة ٨٦٥ من مرشد الحيران . اذا مات الاصيل وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الاداء حالا في حق نفسه ويأخذ الدائن المكفول من تركته لا من الكفيل .

وهو ما اخذ به أيضا مشروع القانون المدني الجديد في مصر جريا على احكام الفقه الاسلامي - راجع المادة ٢٥٨ - وقد عرضنا لها من قبل .

وفي تأكيد ذلك جاء في المادة (٢١١) من مرشد الحيران أن « كل دين صح تأجيله فاجله صاحبه وقبل ذلك الدين لزم تأجيله وليس للدائن بعد ذلك الرجوع في الأجل ولا مطالبة المدين بالدين قبل حلول أجله » .

ولعل في نص المادة ٢١٢ من مرشد الحيران ما يوضح كل ما تقدم ويؤكد أنه إذا كانت الدين مؤجلاً فللمدين أن يدفعه قبل حلول الأجل ويجوز للدائن على القبول ، وقريب من الأحكام السابقة ، ما جاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذنب الإمام أحمد بن حنبل في الباب الأول من للكتاب السابع بخصوص الضمان . فيعد أن ذكرت المادة ١٠٩٧ أنه يصح ضمان الدين الحال مؤجلاً كما أن الدين المؤجل يصح ضمانه مؤجلاً إلى الأبد من أجله على حد قول المادة ١٠٩٨ جاء بالمادة ١٠٩٩ أن : « للزاد تجعل المؤجل لا يصح ولا تأجيله إلى أقرب من أجله ، فلو ضمن الدين المؤجل حالا إلى أجل أقرب لم يلزمه أدؤه إلا عند حلول أجله فلو عجله دون إذن المضمون عنه لم يرجع عليه إلا عند حلول الأجل » . ومفهوم ذلك - مما جاء في عجز النص على الأقل - أن ضمان الدين المؤجل لو عجله دون إذن المضمون عنه (الدين الأصلي) لا يؤثر في أجل هذا الدين ومن ثم لا يجوز أن يرجع عليه إلا عند حلول هذا الأجل . ولعل السبب في ذلك أن أجل الدين المضمون هو لصالح الدين الأصلي ونزول لضمان عنه بتعجيله دون إفته لا يؤثر . فإذا عجل لضمان الدين بالدين المضمون عنه كان له الرجوع عليه حالا . لأن المضمون عنه يكون قد نزل عن الأجل بموافقة لضمان على التعجيل (راجع نص المادة ١١٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية سالفة الذكر)^(١١) .

وعند الشافعية ، إذا « كان الدين الذي ضمنه مؤجلاً فمجل قضاءه لم يرجع به قبل الحل لأنه تبرع بالتعجيل »^(١٢) . وما جاء في كتب المالكية متعلقاً بذلك ما أورده ابن جزى في قولين الأحكام الشرعية بخصوص قاعدة « ضح وتعجل » ، « قاعدة ضح وتعجل حرم عند الأربعة وأجازها ابن عباس وزفر وهي أن يكون له عليه دين لم يحل فيعجله قبل حلوله على أن ينقصه »^(١٣) .

(١١) والمادة ١١٠٣ من مجلة الأحكام الشرعية تلك يجرى نصها على النحو التالي :

« إذا عجل لضمان الدين المؤجل فمجل قضاءه قبل حلول أجله دون إذن المضمون عنه ليس له الرجوع عليه قبل حلول الأجل ، أما لو عجله بلفته رجع عليه حالا » .

(١٢) المهذب ، للشيرازي ، مشار إليه من قبل ، للجزء الأول ص ٣٤٩ .

(١٣) قوانين الأحكام الشرعية ، لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٧٨ .

أما عند الظاهرية ، فالتمجيل لابد أن يكون بهولقة الدلائل . فلو أراد
المدين في دين مؤجل أن يعجله قبل الأجل لم يجبر الذي له الحق على
قبول ذلك . بل لابد من رضا الدائن نفسه^(٤٤) :

١٩١ - ٢ - وفاة المدين :

على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، تظهر نصوص منجلة الأحكام للشرعية
وقد تناولت أثر وفاة المدين على الأجل . فقد نصت المادة ١١١٨ على
أنه « لا يحل الدين المؤجل بموت الفضل ولا بموت المضمون لكن إذا ماتا
جسما فإنه يحل إلا إذا وثقه الورثة برهن يحرز أو كفيل ملى ، باتسل الأمرين
من الدين والتركه » .

ونصت المادة ١٥٠٦ أيضا على أنه « لا يحل الدين المؤجل بموت
المدين أن وثق الورثة أو غيرهم رب للمدين برهن أو كفيل على الأقل من الدين أو
التركه والا حل » .

وبين لنا مما تقدم ، أن أجل الدين لا يسقط بوفاة الدين إلا عند
عدم وجود الورثة أو عند وجودهم ولتقاعهم عن توثيق الدين . أما إذا
كان هناك ورثة وقبلوا توثيق الدين لا يسقط الأجل ويستفيدون منه^(٤٥) .

أما غير الضابطة للجمهور فالرأى عندهم أن الأجل يحل بوفاة
المدين . ومن للجمهور الحنفية . فقد نصت المادة ٢١٤ من مرشد الحيران
« الدين المؤجل لا يحل بموت الدائن ويحل بموت المدين »^(٤٦) .

(٤٤) اللطى ، لابي محمد على بن أحمد بن سعيد بن حزم ، منشورات المكتب التجاري
للطباعة والنشر ، بيروت ، الجزء الثامن ، رقم ١٢٠٠ .

(٤٥) راجع أيضا : لتواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي مشار إليه من
قبل ، ص ٣١٧ قاعدة رقم ١٤٤ وقد اخذ بهذا الحل للقانون المدني الكويتي الجديد في المادة
٣٣٢ منه .

(٤٦) راجع أيضا ، سليم رستم في شرح المجلة ، سبق الإشارة إليه ص ١٢٤ .
اذ يحل لأجل الدين في البيع بوفاة المشتري دون البائع ، حتى لو أن الدائن أجل الدين على
التركة بعد موت المدين فلا يصح التأجيل وفي الثمن نصت المادة ٤٢٢ من مرشد الحيران
على أنه « لا يحل الأجل بموت البائع ويحل بتمتته المشتري » . ونصت المادة ٤٨٤
من مرشد الحيران أيضا على ما يأتي : « يحل للدين المؤجل بموت المشتري ولا يحل للدين »

١٩٢ - ٣ - انقلاص الدين :

نصت المادة ١٥٠٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على ما يأتي :

« لا يحل للدين المؤجل بجنون الدين ، لا بتقليسه ، ويتقصد من ذلك انه لا اثر لانقلاص الدين على أجل دينه . ويشارك الحسابه في ذلك الأحناف (٤٧) والظاهرية (٤٨) . »

اما المالكية فلم يروى رأي مختلف . ويقولون ان التقليل هو خلق الرجل عن ماله للفرء ، فإذا أحاط للدين بمال أحد ولم يكن في ماله وفاء بدينه وقام للفرء عند القاضي فانه يجرى في ذلك على الدين الأحكام التقليل وهي خمسة للثاني منها : أن تحل عليه الديون المؤجله (٤٩) .

١٩٣ - للفقود التي يصح اضافتها الى أجل في الفقه الاسلامي :

في الفقود التي يصح اضافتها الى المستقبل ، نصت المادة ٣٥٧ من مرشد الحيران على أن ما يمكن تملكه في الحال وما كان من الاستقاطات والالتزامات يصح اضافته الى الزمان المستقبل .

وذلك كالأجارة وفسخها والمزروع والمساقاة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والإمارة والطلاق والعتاق والوقف والعمارة والأذن في التجارة للمصبي ونحو ذلك .

= يموت البائع بل تنتظر ووثقه او غرقوه طول الاجل لاستيفاء الدين
كذلك نصت المادة ٥٦٠ من مرشد الحيران على ان الاجل يبطل ب موت المسلم اليه لا بموت رب المسلم . . ونصت المادة ٨٦٥ من مرشد الحيران ايضا بخصوص الكفالة على انه « إذا مات الاصيل وكان الدين مؤجلا يصير مستحق الاداء . حالا في حقه نفسه
وعند التشكية ، يحل الدين بموت الدين : ولجج الهنوب ، للشعيرى ، مشار اليه من قبل ، للجزء الاول ، ص ٣٣٤ .

(٤٧) نصت المادة ٨٦٨ من مرشد الحيران على ما يأتي « يسقط الدين عن الميت المحس الا اذا كان به كفيل حالة حياته او رهن » .

(٤٨) ولجج ، المحلى لابن حزم ، ج ٨ ، رقم ١٢٨٠ .

(٤٩) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهاء لابن جزى ، مشار اليه من

قبل ، ص ٣٤٦ .

وعلى خلاف ما تقسم ، فإن هناك من العقود وللتصرفات ما لا تصح اضافته للمستقبل الأمر الذي تناولته المادة ٣٢٨ من مرشد المحرران حين قالت : « كل ما كان تطبيقاً في الحال فلا تصح اضافته الى لزمان المستقبل وذلك كالبيع ولجاراته ونسخه والقسمه والشركة والهبة وعقد النكاح والصالح عن مال والابراء عن الدين » .

١٩٤ - مقارنة الأجل بين الفقه الاسلامي والقانون :

١ - نخلص من كل ما تقسم الى ان الأجل لا يختلف في مقصوده بين الفقه الاسلامي والقانون . اذ الأجل فيها قوله لضافة الى المستقبل .

٢ - وبالنسبة لأنواع الأجل : يمكننا القول بأنه لا يوجد لاختلافاً بشأن الأجل المدين او المعلوم والأجل الاتفاقي والأجل للقضائي وكذا الأجل للواقف والفاسخ كل ما هنالك ان الأجل في الفقه الاسلامي لا يكون الا مديناً او معلوماً ويختلف القانون في ذلك اذ يمكن ان يكون الأجل فيه غير مدين .

وتجدر الإشارة الى ان الأجل للواقف والفاسخ في القانون معروف في الفقه الاسلامي من حيث الفكرة والمادية لكن دون هذه التسمية . فصورة الأجل للواقف والقانون توجد في نطاق العقد المضاف في الفقه الاسلامي . ذلك ، فان صورة الأجل الفاسخ قانوناً معروفة في نطاق العقد المؤقت في هذا الفقه .

٣ - بالنسبة للأجل ومداه : يستط الأجل في الفقه الاسلامي - كما مر بنا - اما بطوله او بالانزول عنه او بوفاء المدين او لفلاسه . ولا نرى للقانون يختلف مع الفقه الاسلامي بخصوص اسباب الانقضاء او السقوط هذه الا بخصوص سبب واحد هو موت المدين فلم يسلك اتجاه الفقه الاسلامي سوى القانون المدني الكويتي في المادة ٣٣٣ على نحو ما ذكرنا ، وقد نصت على حلول الأجل لهذا السبب .

الفصل الثاني

الالتزام للبطل والتخيري

١٩٥ - تمهيد وتقسيم :

تقدم أن الالتزام قد تلحقه أوصاف • وإن من هذه الأوصاف ما يرد على وجود الالتزام لو نفاذه وقد عرضنا لها من خلال أحكام الشرط والأجل • على أن من هذه الأوصاف أيضا ما يرد على محل الالتزام • • فإذا كان الأصل أن يكون الالتزام بسيطا أي على معنى - وهو أحد معنيين لذلك عرضنا لها من قبل - أن يكون محله عبارة عن أداء ولحد كان يلتزم المدين بالتقيام بمحل واحد مثلا ، إلا أن الالتزام على هذا الوجه قد يلحقه وصفا ينفي عنه البساطة في معناها المذكور ، حيث يرد للوصف على المحل ويكون متعددا أي يضم أكثر من أداء •

ولعل موضوع الدراسة في هذا الفصل قد اتضح الآن • إذ ينحصر في تعدد محل الالتزام مما يؤدي إلى تعديل الأحكام التي يخضع لها ويجهلها تختلف عن تلك التي يخضع لها الالتزام إذا كان محله أداء واحدا • وما ينبغي أن يلاحظ في هذا الصدد أنه ليس كل تعدد في محل الالتزام يعدو وصفا بالمعنى المذكور • فيمكن أن يتعدد محل الالتزام ويضم أكثر من أداء لكن قد لا يعتبر هذا التعدد وصفا يؤدي إلى خضوع هذا الالتزام لقواعد تختلف عن تلك التي يخضع لها الالتزام في صورته البسيطة لكون محله أداء واحدا • ويحدث ذلك إذا كان يتعين على المدين أن يفي بالأداءات المتعددة لحل للتعلمه وبعبارة أدق إذا كانت ذمة المدين لا تبرا إلا بالوفاء بهذه الأداءات جميعا كما لو باع شخص عدة أشياء يملكها • فيلا سكنية وقطعة أرض فضاء وبستان • فيجب عليه أن يسلم كل ما بآله لأن ذمته لن تبرا إلا بذلك •

لكن قد يحدث أن يتعدد محل الالتزام وتبرا ذمة المدين بأداء واحد منها وتسمى هذه الصورة الالتزام للتخيري •

وثمة صورة أخرى ، يكون محل الالتزام فيها أداء واحد منذ البداية إلا أنه يتعدد عند الوفاء • إذ يكون المدين ملتزما بأداء واحد أصلا لكن تبرا ذمته إذا قدم - عند الوفاء - أداء آخر غير الأداء الأول • وسمى هذه الصورة بالالتزام للبطل •

ونعرض للالتزام للتخيري والبطل في مبحثين على التوالي • ونعرض في مبحث ثالث لخير التعيين في الفقه الإسلامي ويقابل الالتزام للتخيري •

المبحث الأول

الالتزام التخييري

١٩٦ - تعريفه وتمييزه عما قد يخطأ به :

يمكن تعريف الالتزام التخييري بأنه الالتزام يتمثل مطه في أكثر من أداء بحيث تبرأ ذمة المعين به بأداء واحد منها . وعلى ذلك يكون للالتزام تخييريا وفقا لنص المادة ١/٣٣٦ منى كويتي (م ٢٧٥ منى مصرى) إذا كان هناك تعدد في محل هذا الالتزام على نحو يحقق مكنة الاختيار بين ما تصدد إليه المحل^(١) .

كما لو باع شخص فيلا سكنية ضمن ثلاثة بملكها او باع سيارة ضمن ثلاثة بملكها أيضا . حيث تبرأ ذمته عن التزمه بالتسليم اذ أدى في أى الحالتين أداء واحدا منها .

وانطلاقا من التعريف المقدم ، يلزم الا بتدخل في منطقة الالتزام التخييري نظم قانونية أخرى تشتبه به وأخصها الشرط الجزائى^(٢) . فالشرط الجزائى على نحو ما ذكرنا من قبل عبارته عن تقدير اتفاقى للتعمييض عن اخلال الدين بالتمزمه ولا يقوم - وهذا هو المهم - محلا ثانيا لى جانب المحل الاصلى للالتزام هذا المحين . اذ يمتنع على الأخير ان يختار التعمييض بموجب الشرط الجزائى بديلا عن التنفيذ العيني للتمزمه ما دلم ممكنا وطالب للدائن به .

١٩٧ - شروط الالتزام التخييري وان يثبت حق الخيار :

يجب ان يتولفر في كل أداء من الأداءات المتعدد لمحل الالتزام التخييري ما اوجب القانون تولفره في محل الالتزام بصفة عامة وعلى وجه الخصوص الامكان والمشروعية . وعلى ذلك . فلذا لم يصح الالتزام بأكثر من أداء واحد بسبب عدم توفر هذه للشروط فيما عداه لعدم المشروعية او الاستحالة على سبيل المثال كان الالتزام مجرداً من وصف التخيير وليس له الا محل واحد وهو ذلك الذى صرح الالتزام به .

(١) راجع الفكرة الايضاحية للقانون المنى الكويتى ، مشر إليها من قبل ، ص ١٨٥ .

(٢) راجع الفكرة الايضاحية للقانون المنى الكويتى . لواقع السابق .

أما عن تحديد من له حق الخيار فإنه ، ومحل الالتزام التخييري يضم أكثر من أداء بحيث تجرباً ثمة المدين تماماً بأداء واحد منها ، فإن تحديد من له حق اختيار الأداء قد يتم باتفاق الدائن والمدين . وقد يتفقان على أن الخيار لأحدهما أو لشخص ثالث وقد يتحدد من له الخيار بنص قانون . أما إذا لم يتحدد لا بالاتفاق ولا بالنص كان الخيار مطلقاً على هذا النحو وثبت للمدين (م ٣٣٦ مدني كويتي) ويلزم تحديد المدة التي يكون فيها الخيار فإذا أطلق الخيار دون هذه حصة له المحكمة المدة المناسبة بناء على طلب أي من الطرفين (م ١/٣٣٧) .

ويلاحظ أنه إذا كان الخيار للمدين ولمتنع عن الاختيار أو تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم جاز للدائن أن يطلب من المحكمة أن تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام . أما إذا كان الخيار للدائن ولمتنع عن الاختيار أو تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم انتقل الخيار إلى المدين (م ١/٣٣٧ مدني كويتي - م ٢٧٦ مدني مصري) والنص يتصدى - كما هو واضح - لفرض تمتنع فيه من ثبت له حق الخيار عن استعماله أو يتعدده فيه من لهم الخيار دون أن يتفقوا . الحكم الذي أورده للنص المشار إليه في هذا الشأن يختلف حسبما كان الخيار للمدين ، أم للدائن .

١٩٨ - استعمال حق الخيار :

ثم يحدد القانون طريقة معينة يجب اتباعها في استعمال حق الخيار . وعلى أية حال ، فإن الخيار يمكن أن يتم إذا عرض المدين - والفرض أن له الخيار - للوفاء بأحد الأداء المتعددة . كما يمكن أن يتم أيضاً إذا طالب الدائن - وله الخيار - المدين بالوفاء بأحد هذه الأداء المتعددة كل ما هنالك أنه يتعين على من له الخيار على النحو سالف الذكر أن يقوم بإخطار الطرف الآخر بما استقر عليه . وعندئذ يمتنع على من استعمل حق الخيار أن يسأل فيه إلا برضا الآخر . وبحصول الخيار أي باستعماله فإن الأثر الجوهري لتلك صيرورة الالتزام بسيطاً .

والراجع في الفقه أن يترتب ذلك دون أثر رجعي^(٢) . ويتصل باستعمال حق الخيار ، حكم نصت عليه المادة ٣٣٨ مدني كويتي بخصوص ماله شيء مما هو موضوع الخيار . ويمكننا أن نفرق بشأن الحكم بين فرضين :

(٢) وقد استحدث مشروع القانون المدني الجديد في مصر حكم للفترة الثانية من المادة ٣٦١ ويقضى بأنه : إذا تم الاختيار استند أثره إلى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام الرجعي لاستعمال الخيار . .

الأول - إذا كان الهالك بسبب اجنبى ، نكون امام احتمال من ثلاثة :

(١) أن يتحمل موضع الخيار في شيئين يهلك احدهما . فينحصر محل الالتزام في الشيء المتبقى ولا يكون امام الدين الا أن يختاره .

(ب) أن يشمل الخيار أكثر من شيئين يهلك واحد منها . ويكون للمدين أن يعين محل الالتزام في شيء من الخيارات الباقية .

(ج) أن تهلك كل للخيارات . ينقض الالتزام لاستحالة التنفيذ .

الفرض للثاني : أن يكون الهالك بخطأ الدين .
نكون امام احتمال من ثلاثة أيضا :

(٢) أن يشمل الخيار شيئين يهلك احدهما . حيث يتركز في الشيء للثاني .

(ب) أن يشمل الخيار أكثر من شيئين يهلك واحد منها ويبقى للمدين خياره فيما تبقى .

(ج) أن تهلك كل للخيارات . حيث ينحصر لل التزام الدين في آخر ما ملك منها ويلتزم بدفع قيمته^(١) .

وتجدر الإشارة أخيرا إلى أن حق الدين في الخيار ينتقل إلى الورثة بوفاته قبل استحقاقه (م ٣٣٩ مدني كويتي) .

١٩٩ - الالتزام بالتخيري في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولا : نصت المادة ٢٦١ من المشروع على الالتزام بالتخيري وعرفت كما يلي :

د ١ - يكون الالتزام تخيريا إذا شمل محله أشياء متعددة تبعا ذمة الدين براءة تامة إذا أدى ولحدا منها . ويكون خيار التعيين للمدين ما لم ينص للقانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك .

(١) وقد نصت على هذا الحكم المادة ٢٧٧ من القانون المدني المصري .

٢ - وإذا تم الاختيار لسند اثره الى الوقت الذي نشأ فيه الالتزام ، .

والنص يطابق في فقرته الأولى نص المادة ٢٧٥ من القانون المدني المصري الحالي ، مع استبدال عبارة « خيار التعيين » ويستعملها الفقه الاسلامي بلفظ « الخيار » كما ان هذه الفقرة من نص المشروع سالف الذكر تطابق المادة ٢٢٦ من القانون المدني الكويتي .

ويلاحظ ان نص الفقرة للثانية من المادة المقترحة من المشروع انما هو نص مستحدث لا نظير له في القانون المدني المصري الحالي او القانون المدني الكويتي . مع انه جاء بالمشروع ان نص الفقرة المقترحة يطابق حكم المادة ٣٢٨ من مشروع القانون المدني الكويتي ، الامر الذي نرجح معه عدول المشروع المدني في الكويت عنها . ولذا فقد اورد نصوصه النهائية خلوا منها .

ثانيا : وفي احتمال حق الخيار نصت المادة ٢٦٢ من المشروع على ما يأتي :

١ - اذا كان خيار التعيين للمدين وامتنع ، او تعدد المدينون ولم يتفقوا فيما بينهم ، جاز للدائن ان يطلب من القاضي تعيين اجل يختار فيه المدين او يتفق فيه المدينون ، فاذا لم يتم ذلك تولى القاضي بنفسه تعيين محل الالتزام .

٢ - اما اذا كان خيار التعيين للدائن وامتنع عن الاختيار ، او تعدد الدائنون ولم يتفقوا فيما بينهم ، عين القاضي 'جلا ان طلب المدين ذلك ، فاذا انقضى الاجل انتقل الخيار الى المدين » .

وهذا للنص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٧٦ من القانون المدني المصري الحالي مع استبدال عبارة « خيار التعيين » بلفظ « الخيار » اثنارا للتعبير الذي يستعمله الفقه الاسلامي . وذلك على غرار ما تم بالنسبة لنص المادة ٢٦١ سالف الذكر .

والنص المقترح وان كان يقابل المادة ٣٣٧ من القانون المدني الكويتي بصفة عامة ، الا انه يطابق الفقرة للثانية منه بصفة خاصة .

وفي انتقال خيار التعيين للورثة ، نصت المادة ٢٦٣ من المشروع على انه « ينتقل خيار التعيين الى الورث » .

وهذا النص مستحدث ولا نظير له في القانون المدني المصري الحالي .
ولكنه يطابق نص المادة ٣٣٩ من القانون المدني الكويتي وقد عرضنا لها
من قبيل .

ثالثا : أما عن حكم هلاك شيء مما هو موضوع الخيار ويتصل باستعمال
هذا الخيار كما أوضحنا نصت المادة ٢٦٤ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا كان خيار التعيين للدين ، وهلك أحد الأشياء التي اشتمل
عليها محصل الالتزام ، تركّز لختيار الدين في الأشياء للباقية . وإذا هلك
الأشياء جميعها بسبب اجتنبي لتقضى الالتزام .

٢ - إذا هلكت الأشياء جميعا ، وكان الدين مسؤولا عن هذا للهلاك
ولو فيما يتعلق بأحد هذه الأشياء كان ملزما بأن يدفع قيمة آخر شيء
هلك .

والمادة المقترحة مستحدثه في فقرتها الأولى .

لكنها تطابق بفقرتها الثانية المادة ١٧٧ من القانون المدني المصري
الحالي ، وقد اشرنا إليها فيما سبق .

وهذا النص المقترح من المشروع يطابق في الحكم نص المادة ٣٣٨ من
القانون المدني الكويتي وقد مررنا دراستها من قبل .

المبحث الثاني

الالتزام البعدي

٢٠٠ - تعريف :

يكون الالتزام بعدياً ، وفقاً لما تنقضي به المدة ٣٤٠ مـ كويتي
(م ٢/٢٧٨ مـ مصري) إذ انحصر محله في أمر واحد يعين ابتداءً مع
تحويل الدين للحق في الوفاء بمحل بديل عنه . كما لو اتفق القرض مع
المقترض على أنه يجوز عند طول الأجل بدلا من الوفاء بمبلغ القرض
تقديم عروض معينة أخرى تبرا حقه بها(٥) .

٢٠١ - احكام الالتزام البعدي :

بادئ ذي بدء، يتعين عدم الخلط بين الالتزام البعدي والالتزام التخيري .
فالثاني يضم في محله عدة أداءات تبرا ذمة الدين بالوفاء بواحد منها بخلاف
الأول وفي ضوء ذلك يمكننا أن نذكر احكام الالتزام البعدي من خلال تمييزه
عن التخيري ترتيباً على ما تقدم .

١ - ينحصر المحل في الالتزام البعدي في أداء واحد ويتعين بداية ومن
ثم تتحدد طبيعة هذا الالتزام على أساسه ، عقارياً كان أو منقولاً بفرض
النظر عن طبيعة البعدي . ويختلف بذلك عن التخيري الذي لا تتحدد طبيعته
- والفرض اختلافها بين الخيارات - الا عند استعمال الحق في الخيار .

٢ - تتحدد قيمة الالتزام بقيمة للتكليف الأصلي لا بقيمة البعدي في
الالتزام البعدي بخلاف التخيري الذي لا تتحدد قيمته - والفرض اختلافها
بين الخيارات - الا عند استعمال الحق في الخيار .

٣ - إذا حلك الالتزام الأصلي الذي بدأ على وجه الافراد انقضى الالتزام
للبعدي ولو كان الوفاء بالبعدي ممكناً . بخلاف التخيري حيث أن ملاك
احد للخيارات يؤدي إلى حصر الخيار في الباطي على نحو ما بينا من قبل .

٢٠٢ - وقد تناول مشروع تقنين احكام الشريعة الإسلامية في المعاملات
لمالية في مصر الالتزام للبعدي بالنص عليه في المادة ٢٦٥ إذ قالت :

(٥) الفكرة الاصلحية للتقنين المعنى الكويتي ، ص ٨٦ .

١ - يكون الالتزام بجلبها إذا لم يشمل محطه الا شيئا واحدا ، ولكن
تبرأ ذمة الدين إذا أدى بدلا منه شيئا آخر .

٢ - والأصل ، لا البديل ، هو وحده محل الالتزام ، وهو الذى
يحدد طبيعته ، .

وهذا للنص المقترح من المشروع يطابق نص المادة ٢٧٨ من القانون
المدنى المصرى الحالى ، كما يطابق نص المادة ٢٤٠ من القانون المدنى
للكويتى . وقد اشرنا الى النصين من قبل .

البحث الثالث

خيار التعيين

في

الفقه الاسلامي

٢٠٣ - تصنيف :

خيار التعيين ، عبارة عن خيار يشترطه أحد المتعاضدين - المشتري غالبا - ويكون له بمقتضاه حق تعيين أحد شيئين أو ثلاثة مبيعا بمقدار التامل والتدبر^(١) .

كما لو قال شخص لآخر بعثك إحدى هذه السيارات الثلاث بالثمن المحدد لها وهو كذا . ويثبت الخيار للمشتري ويمكن أن يكون للبائع . ويقابل خيار التعيين في الفقه الاسلامي على هذا الوجه ، الالتزام التخيري في القانون وقد جوز الحنفية خيار التعيين خلافا للجمهور^(٢) الذي منعه ومنهم زفر من الحنفية .

وجاء في المادة ٤٠٩ من مرشد الحيران « يصح أن يكون للبائع أحد شيئين تعيين أو مثليين من جنسين مختلفين أو ثلاثة أشياء كذلك يعني ثمن كل منها على حدة ويجعل للخيار في تعيينه للمشتري بأن يأخذ أيأ شاء بثمنه أو للبائع بأن يعطى أيأ أراد بثمنه للمشتري ولا بد من توقيت هذا الخيار بثلاثة أيام أو أقل لا أكثر ،^(٣) » .

(١) راجع للسنبوري ، المرجع السابق ج ٤ ، ص ٢١٠ .

مصدق مصطفى شليبي ، المرجع السابق ، ص ٦٢٥ .

(٢) وقد منح الجمهور هذا الخيار ومنهم الحنابلة : لأن العقد بهذا الخيار يتضمن جهالة والجهالة غرر . وفي هذا تنص المادة ٢١٩ من مجلة الاحكام التشريعية على مذهب الامام احمد بن حنبل على ما يأتي « يشترط أن يكون المبيع معلوما فلا يصح بيع المجهول » .

(٣) راجع المادة ٢١٦ من مجلة الاحكام المحلية : « لو بين البائع لثمان شيئين أو ثلاثة أشياء من التتعيينات كل على حدة على أن يأخذ المشتري أيأ شاء بالثمن الذي بينه له أو على أن يعطى البائع أيأ كذلك صح البيع » وهذا يقال له خيار التعيين .

في ضوء النص السابق من مرشد الحيران على مذهب الإمام أبي حنيفة
يمكن أن نستخلص عدة شروط ينبغي توافرها لثبوت خيار التعيين :

- ١ - أن يشمل الخيار شيئين أو ثلاثة ، ولا يصح أن يتجاوز ذلك .
- ٢ - أن يكون هناك تفلوت بين ما شمله الخيار بين هذه الأشياء .
والتفاوت يكون باختلاف الجنس في المثليات والقيميات . كما إذا باعه أردبا
من أرادب ثلاثة أحدها من التمح وثانيها من الذرة وثالثها من الأرز .
- ٣ - أن تكون الأشياء معينة محددة الثمن .
- ٤ - أن يتم الخيار في مدة مطومة هي ثلاثة أيام أو أقل لا أكثر (١) .

٢٠٤ - حكم خيار التعيين :

عن أثر خيار التعيين في العقد يختلف الفقهاء . فمن قال أن خيار التعيين
ينطوى على خيار الشرط ذهب إلى أن للعقد غير لازم بخيار التعيين على غرار
خيار الشرط . ومن ذهب إلى أن خيار التعيين لا يتضمن خيار شرط قال أن أثر
خيار التعيين في العقد ينحصر في لختيار مطه والعقد لازم معه (٢) .

ويسقط خيار التعيين بتعيين محل العقد . وتعيين محل العقد أما أن
يكون باختيار أحد الشيئين صراحة أو ضمنا وإما أن يكون لأسباب أخرى ،
هي الهلاك والتعيب بعد قبض المشتري .

وقد نصت المادة ٤٢٢ من مرشد الحيران على الهلاك إذ قالت (إذا
كان خيار التعيين للمشتري وهلك أحد الشيئين في يده تعين عليه أخذه ويكون
الآخر في يده أمانة) .

ومعنى ذلك أن هلاك أحد الشيئين في يد المشتري بعد القبض يسقط
خيار التعيين . لأن المحل ينحصر - حصصا تعين من النص - فيما ملك . على
أن يكون الباقي في يد المشتري أمانة .

(١) ونصت المادة ٣١٧ من مجلة الأحكام المحللة على أنه « يلزم في خيار التعيين
تعيين المدة أيضا » ونصت المادة ٣١٨ على أن « من له خيار التعيين يلزمه أن يعين ما يأخذه
في انقضاء المدة المتينة » .

(١٠) ولجج ، محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص ٦٢٩ .

وعن التعيب ، جاء في عجز النص السابق ، وإن تعيبا متماتيا تعين اخذ
ما تعيب أولا ، وعليه فإذا تعيب أحد الضيفين في يد المشتري بعد القبض ثم
اعتقب ذلك تعيب الشيء الآخر ، سقط الخيار لأن محل العقد يتحدد بما
تعيب أولا .

وجاء في النص بقاء الخيار إن تعيبا مما . ومفهوم ذلك أن تعيب أحدهما
دون الآخر ليس من شأنه أن يسقط الخيار .

وينتقل خيار التعمين إلى الورثة إذا مات من له الخيار قبل التعمين .
فإذا توفي البائع وله الخيار وقبل أن يتم انتقال لورثه الذي يجبر على تعين
الشيء الذي يريد إعطاءه . وإن توفي للمشتري وكان له الخيار وقبل أن يتم
انتقال لورثه الذي يجبر على تعين الشيء الذي يريد أخذه ويطلب بثمنه .

وتطبيقا لذلك فلو حضر البائع ثلاثة أثواب أعلى وأوسط وأدنى من جنس
واحد وبين لكل منها ثمننا على حدة وباع أحدهما لا على التعمين على أن
المشتري في مدة ثلاثة أيام يأخذ أيها شاء بثمن الذي عينه له انعقد البيع
ولزم المشتري . فلو مات قبل التعمين يجبر الوراث على تعين أحدهما وفسخ
ثمنه^(١١) .

(١١) راجع نص المادة ٣٦٩ من مجلة الأحكام الخلقية .

وقد لخصت المادة ٣٦٩ مدني كويتي بحكم انتقال خيار التعمين إلى الورثة .

الفصل الثالث

التضامن وعدم التقابلية للتقسيم

٢٠٥ - تهديد وتقسيم :

رأينا ان الأصل في الالتزام ان يكون بسيطاً . والبساطة في معنى أول لها ترتبط بالمحل ويقصد بها ان يتمثل محل الالتزام في اداء واحد .
اضافة الى ذلك نقصد بالبساطة ايضاً في معنى ثان لها يرتبط بالأطراف ان الالتزام رابطة او علاقة قانونية بين دائن واحد ومدين واحد .

الا انه يلحق الالتزام وصف يغير من بساطته بمعناها الأول والثاني .
ففي نطاق المعنى الأول عرضنا لتعدد محل الالتزام باعتباره وصفا يلحقه وذلك في نطاق الالتزام للتخيري والالتزام للجبلي . وعرضنا بمناسبة ذلك لخيار للتعيين في الفقه الاسلامي وبقي ان نعرض في نطاق المعنى الثاني وصفا يلحق الالتزام في اطرافه يتمحدا في جانبها الإيجابي او السلبي ونقصد بطبيعة الحال تعدد للدائنين او تعدد المدينين .

ويلاحظ ان هذا التعدد بجانبه لا يمد على اطلاقه وفي كل الحالات وصفا في الالتزام يغير بمساطته . وتفسير ذلك ان الأصل في حالة تعدد للدائنين او المدينين هو انقسام الدين فلا يطالب اى دائن الا بحصته ولا يلتزم كل مدين الا بجزء يعادل حصته .

وخلافا لهذا الأصل ، قد يتفق أطراف العقد عند إبرامه وقد ينص القانون على استبعاد انقسام الالتزام وآثاره في حالة التعدد بجانبه ، ومؤدى ذلك تصور مطالبة الدائن ضمن دلتين متعددين بكل الدين واللتزم الدين ضمن عدة بكل الدين وامكان هذا للتصور يتوفر في حالتين هما :

للتضامن .

وعدم التقابلية للتقسيم .

وفيهما تنحصر دراستنا لتعدد الأطراف باعتباره وصفا يلحق الالتزام ويغير ما فيه من بساطته وفي ضوء ما تقدم نقسم دراستنا في هذا للفصل الى المباحث الآتية :

المبحث الأول : في التضامن .

المبحث الثاني : في عدم التقابلية للتقسيم .

البحث الأول

في

التضامن

LA SOLIDARITÉ

٢٠٦ - تمهيد وتقسيم :

للتضامن عبارة عن وصف يلحق بالالتزام في أطرافه فيمتنع معه انقسامه^(١٢) .

ويتخذ للتضامن على هذا المعنى صورة من اثنتين له^(١٣) :

الأولى : ويكون للتضامن فيها ايجابيا ، وينشأ بين الدائنين . بحيث يكون لكل دائن منهم المطلب بكل الدين وليس حصته فقط .

الثانية : وفيها للتضامن سلبيا ، وينشأ بين المدينين بحيث يلتزم أي مدين منهم بكل الدين .

ونبحث للتضامن بصورتيه في القانون لعرض بعد ذلك التضامن في الفقه الاسلامي . وفي ضوء ذلك نقسم دراستنا في هذا البحث الى المطلب الآتية :

المطلب الأول : للتضامن الايجابي .

المطلب الثاني : للتضامن السلبى .

المطلب الثالث : التضامن في الفقه الاسلامي .

(١٢) في هذا المعنى ، محمد لبيب شبيب ، المرجع السابق ، رقم ٢٤١ ، ص ٣٣٦ .

CARBONNIER op. cit., n. 134 p. 522.

(١٣) راجع

Solidarite Passive,

Solidarite Active

MARTY ET RAYNAUG : op. cit., n. 777, p. 781.

المطلب الأول

التضامن الإيجابي

LA SOLIDARTE ACTIVE

٢٠٧ - نودته في العمل ومصادره :

قلنا ان التضامن الإيجابي يقوم بين عدة دلائل بحيث يكون لأي منهم ان يطالب بكل الدين ومن ثم لا تكون المطالبة مقصورة على حصته فقط .

والتضامن الإيجابي بخلاف السلبي نادر للحوث عملاً . وعلة ذلك^(١٤) ترجع إلى ما قد ينطوي عليه من خطورة من ناحية ونظراً لوجود الوسائل البديلة التي تحقق نفس الغرض المرجو منه من ناحية أخرى . وعن الخطورة فإنها تتمثل في احتمال إفسار الدائن الذي استوفى الدين كله مما يعرض الباقي لضياح حقوقهم . وعن التعديل ، فإنه إذا كان قولم التضامن الإيجابي استيفاء لدائن واحد حقوق كل الباقي ويجنبهم بذلك الاشتراك في المطالبة ، فإن يمكن الوصول إلى نفس النتيجة بوسيلة أخرى مؤداها : توكيل الدائنين لأحدهم في الاستيفاء .

وينحصر مصدر هذا التضامن في الاتفاق . إذ يتعين على الدائنين أن يتفقوا على أن يكون لكل منهم أن يطالب بكل الدين ويستوفيه . وعلى ذلك ، فإن هذا النوع من التضامن لا يفترض وجوده ولا ينشأ أيضاً بنفس في القانون فلا يوجد مثال على ذلك^(١٥) .

ولما كان هذا النوع من التضامن لا ينشأ إلا بالاتفاق ، فإنه يقتدر به أما مصلحة الدائنين أو مصلحة الدين . ويكون مصلحة الأولين لأنه يجنبهم - عدا الدائن الذي يقدم للاستيفاء - المشاركة في المطالبة بالدين واستيفائه وفي نفس الوقت يتيح للمدين - وإمام دائن واحد دون الباقي - فرصة الوفاء ومن ثم براءة الذمه عن كل الدين وفي مواجهة سائر الدائنين وذلك يجسد مصلحة المدين .

MARTY ET RAPNAUD : op. cit.,

(١٤) راجع

(١٥) راجع في الفقه العربي : محمد لبيب شبيب ، المجمع السابق ، رقم ٢٥٥ ، ص ٢٥٢

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 778, p. 782. وفي الفقه الفرنسي :

راجع المادة ٢٤٢ مدني كويتي ، ٢٧٦ مدني مصري بخصوص عدم تفرغ التضامن .

٢٠٨ - آثار التضامن الايجابي :

يفتج عن التضامن الايجابي عدة آثار تتركز في العلاقة بين الدائنين والمدين أولاً وفي العلاقة بين الدائنين أنفسهم ثانياً .

٢٠٩ - أولاً : آثاره في العلاقة بين الدائنين والمدين :

هناك ثلاثة مبادئ، تحكم للتضامن الايجابي بآثاره في العلاقة بين الدائنين والمدين :

١ - وحدة المحل .

٢ - تعدد الروابط .

٣ - اللبابة للتباطلية فيما يفتج لا فيما يفتير .

٢١٠ - ١ - مبدأ وحدة المحل l'unité d'objet

وفضواه ان محل الالتزام واحد لا يتجزأ بالنسبة لجميع الدائنين ويترقب على ذلك ما ياتى :

(أ) يجوز لأى دائن ان يطالب المدين بكل الدين (م ١/٢٤٢) مدنى كويتى (١٦) .

(ب) يكون للمدين ان يوفى الدين بتمامه ان يختاره من دائنيه التضامنين وليس لهذا الدائن ان يرفض استيفاء ما يزيد على نصيبه وينفس القدر ليس في مكتة المدين ان يرفض على احد دائنيه التضامنين وفاء بقدر نصيبه في الدين اذ يعد ذلك وفاء جزئياً من حق الدائن ان يرفضه لأنه يتعارض مع جوهر التضامن .

(ج) يحق لكل من الدائنين التضامنين ان يعترض على وفاء المدين بكل الدين لأحدهم (م ١/٢٤٣) مدنى كويتى) . لطفه يتمكن بذلك من تجنب اعسار من استوفى كل الدين . فاذا حدث الاعتراض تعين على المدين ان يؤدي للمعترض قسداً نصيبه في الدين .

(١٦) مادة ٢٨١ مدنى مصرى .

(د) اذا توفي أحد الدائنين المتضامنين ، فإن التضامن الإيجابي لا يمنع لتقسام الدين بين ورثته في علاقتهم بالدين . فلا يستطيع الدين أن يؤدي إلا لكل ولورث على حدة ويقدر حصته في الإرث (كل ذلك إلا اذا كان الدين غير قابل للتقسيم) (م ٢/٣٤٣ مدني كويتي - ٢/٢٨٠ مدني مصري) .

Pluralite de liens...

٢١١ - ٢ - مبدأ تعدد الروابط

ويعني المبدأ ببساطة استقلال رابطة كل دائن بالدين عن رابطة غيره من الدائنين به .

ويرتبط بهذا المبدأ عدة نتائج :

(أ) يتمتع على كل دائن أن يأخذ في الاعتبار ما قد يلحق رابطة بالدين - وهي مستقلة - من أوصاف كما لو كان الدين بالنسبة له معلقا على شرط أو مضافا إلى أجل .

(ب) لا يجوز للمدين إذا طالبه دائن من الدائنين المتضامنين أن يفتح ضده بدفوع تخص دائنا آخر . كما لو كان الدين قابلا للإبطال بسبب عيب لحق رضا هذا الآخر . كل ما هنالك أن الدين يستطيع أن يتمسك ضد هذا الدائن بالدفوع التي تخصه وكذا بالدفوع المشتركة بين كل الدائنين مثل الدفع بعدم الشروع (م ٢/٣٤٢ مدني كويتي - م ٢/٢٨١ مدني مصري) .

(ج) إذا برئت ذمة الدين قبل نحد الدائنين المتضامنين بسبب غير فلا تبرا ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة الدين قبله وقد تضمنت هذا الحكم المادة ١/٣٤٤ من القانون المدني الكويتي (م ١/٢٨٢ مدني مصري) ولعل تمييز هذا الحكم - تفريعا عن الأثر السابق أمر ممكن دون غناء لأن أسباب انقضاء الدين بغير الوفاء هي أسباب خاصة بمن ينقضي للزمله بسبب منها فلا يضار بها بقية الدائنين وتظل ذمة الدين مشعولة بباقي الدين بالنسبة لهم^(١٧) .

لوفاء فلا تبرا ذمته قبل باقي الدائنين إلا بقدر حصة الدائن الذي برئت ذمة الدين قبله وقد تضمنت هذا الحكم المادة ١/٣٤٤ من القانون المدني الكويتي (م ١/٢٨٢ مدني مصري) ولعل تمييز هذا

(١٧) راجع الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ١٨٧ .

٢١٢ - ٣ - مبدأ التولية التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر :

تضمنت المادة ٢/٣٤٤ من القانون المدني الكويتي مبدأ التولية التبادلية بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر ، ولذا أتى أحد الدائنين للتضامن عملا من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل في حقهم ، (م ٢/٢٨٢ مدني مصري) .

وكما يبين من النص ، فإن جوهر هذا المبدأ يتمثل في تحقيق مصلحة الدائنين المتضامين بالألا ينفذ في حقهم أي عمل يقع من أحدهم يكون من شأنه الاضرار بهم .

De l'idée de representation on tire encore d'autres conséquences en disant que les actes accomplis par un créancier profitent à tous mais ne sauraient nuire aux autres

وتطبقا لهذا المبدأ إذا قطع أحد الدائنين المتضامين سريان التعاقب بالمطالبة القضائية مثلا ، أو اعذر الدين ، استفاد من ذلك بقية هؤلاء الدائنين ، وعلى العكس من ذلك فإنه إذا قام أحد الدائنين بإبراء الدين من الدين ، فإن إبراء مثل هذا لا يحدث أثره إلا بالنسبة للدائن المبرى فقط ويقتصر حصته دون أن يضر الباقى . ونفس الأمر إذا صدر حكم لصالح الدين ضد أحدهم ، كان مقصورا بآثاره على المحكوم ضده فقط دون سائر الدائنين . والعكس صحيح إذا صدر الحكم ضد الدين لصالح أحدهم .

٢١٣ - ثانيا : آثاره في علاقة الدائنين المتضامين فيما بينهم :

لقد أرست المادة ١/٣٤٥ من القانون المدني الكويتي (م ٢٨٣ مدني مصري) المبدأ الذي يحدد آثار التضامن في علاقة الدائنين المتضامين فيما بينهم حين قالت : كل ما يستوفيه أحد الدائنين المتضامين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويقتسمونه بالتساوى إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك ، .

وفي ضوء هذا النص يمكننا القول بأنه وآثار التضامن الإيجابي في علاقة الدائنين المتضامين بالدين يحكمها ثلاثة مبادئ منها وحدة الدين ، فإن مبدأ واحدا يحكم آثار هذا التضامن في علاقة هؤلاء الدائنين ببعضهم

رمز مبدأ تقسيم الدين بينهم • وبعبارة أخرى ، إذا كان الدين يمد وحدة
لا تقبل للتجزئة في علاقة الدائنين المتضامنين بالمدين ، فإنه ينقسم في علاقة
مؤالة فيما بينهم^(١٨) •

ومفاد لتقسيم الدين على هذا الوجه ، أن كل ما يستوفيه أحد الدائنين
المتضامنين يكون من حصة سائر الدائنين أيضا ويقتسمونه جميعا ونفسا
لخصصهم في الاتفاق المثنى ، للتضامن والا كانت القسمة بالتساوي^(١٩) •
كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى باستثناء الدائن المستوفى بكل
الحق • كما لو كان سائر الدائنين مجرد وكلاء عن هذا الدائن في التبض •

(١٨) راجع MARTY ET RAYNAUD : op. CA n. 778, — 783.

(١٩) في هذا الحقل : تاور سلطان ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٦ ، من ٢٢٨ •

(٢٠) محمد لميخ شتّب ، المرجع السابق ، رقم ٢٥٦ ، من ٢٥٢ •

المطلب الثاني للتضامن السلبي

LA SOLIDARITE PASSIVE

٢١٤ - تقسيم :

نتناول أولا تعريف التضامن في هذه الصورة له مع بيان أهميته ومصادره ثم نعرض لآثاره ثانيا كل ذلك في فرعين مستقلين .

الفرع الأول

تعريف التضامن السلبي وأهميته ومصادره

٢١٥ - تعريف :

ينبغي التضامن السلبي على تعدد المدينين بدين واحد في مصدره بحيث يجوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعين له منفردين (م ١/٢٤٦ مدني كويتي - م ١/٢٨٥ مدني مصري) (٢١) وينبغي أن نفرق بين الالتزام التضامني *Obligation Solidaire* من ناحية والالتزام التضامني *Obligation in Solidum* من ناحية أخرى . ففي الالتزام التضامني نجد الدين واحدا وقد نشأ عن مصدر واحد بالرغم من عدد المدينين . أما في الالتزام التضامني ويسمى أحيانا بالمسؤولية الجمعه فيتمتع المدينون بتعدد مصدر الدين أو يختلف ولو كان هذا الدين وحدا (٢٢) ومثال التضامن كما لو التزم شخصان بتعويض ثالث عن ضرر أصابه ، بحيث يكون مصدر التزام أحدهما المسؤولية التقصيرية أما الثاني فيكون مصدر للتلزم المسؤولية التقصيرية ويحدث ذلك إذا قام شخص بتحريض عامل على ترك العمل في منشأة ارتبط الأخير مع صاحبها بموجب عقد عمل . فيكون العامل مسؤولا عن لخلاله بعقد العمل ويلتزم بتعويض صاحب العمل على أساس المسؤولية التقصيرية . ويكون المحرض مسؤولا أيضا عن تعويض صاحب العمل عما أصابه من ضرر على أساس المسؤولية التقصيرية (٢٣) .

(٢١) راجع في تعريف التضامن السلبي وثقا للسادة ١٢٠٠ من القانون المدني

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 780 :

الفرنسي .

CARBONNIER op. cit., n. 134 bis, p. 525-528 راجع في هذه التفرقة

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 797-800, p. 800-805

MAZEAUD : op. cit., n. 1070-1072, p. 1000-1005

(٢٢) راجع هذا المثال ولطفاً أخرى .

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 798(p. 8028.

يضاف إلى ما تقدم ، في التفرقة بين التضامن والتضامن ، أن الأول قد يكون بين الدائنين أو بين المدينين أما الثاني فلا يكون إلا بين مدينين .
 كذلك فالتضامن باعتباره وضما يلحق الالتزام بتقرر أما باتفاق أو نص في القانون بخلاف التضامن وتقرضه طبيعة الأشياء^(١١) . يضاف إلى ذلك أيضا في التفرقة بين التضامن والتضامن أن مبدأ النهاية للتبادلية فيما ينبغ لا فيما يضر بحكم علاقة المدينين المتضامنين بخلاف المدينين بالالتزام التضامني .
 هذا بخلاف فروق أخرى بينهما في الآثار نعرض لها عند تناول آثار التضامن السلبى .

٢١٦ - أهمية التضامن السلبى ومصادره :

والتضامن السلبى يبنى - كما ذكرنا - على تعدد المدينين على الرغم من وحدته الذين بحيث يستطيع الدائن أن يطالبهم بالدين مجتمعين أو منفردين ، يمكننا أن نقف دون عناء على مبحث أهمية هذا النوع من التضامن . ففى مطالبة الدائن للمدينين جميعا بكل الدين ضمان حقيقى يؤمنه خطر اعسار أحدهم هذا من جهة وفى مطالبة الدائن أحد المدينين بكل الدين واستيفائه منه ما يجنب هذا الدائن مشقة إجراءات التقاضى وععب نفقاتها^(١٢) . وانطلاقا من الأهمية تلك ، نجده كثير الوقوع فى الحياة العملية على خلاف للتضامن الإيجابى .

وعن مصادر التضامن السلبى ، نبرز بديلة ما نصت عليه المادة ٣٤٢ م. كويتى (م ٢٧٩ م. مصرى) بخصوص التضامن بصفة عامة إذ قالت :
 " التضامن بين الدائنين أو بين المدينين لا يفترض وإنما يكون بناء على اتفاق أو نص فى القانون وذلك مع مراعاة قواعد للتجارة " .

وللوهلة الأولى ، يتضح من النص أن التضامن بصفة عامة ، إيجابى - كما نوهنا من قبل - فهو سلبى لا يفترض فى وجوده . وعليه ذلك بالنسبة

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 797, p. 801 (٢٤)

راجع أيضا فى هذه التفرقة ونتائجها : المنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، مشار إليه .
 من قبل ، رقم ١٧٦ ، ج ٢٨٥ ، وما يحصا .

" En effet, la Solidarite' constitue une veritable surete (٢٥)
 debiteurs sera supportee par less codebiteurs. Sol Soirables
 pour le Creancier. Car grace a elle, l'insolvabilite de l'un dis
 et Ron _ar le creancier " .

V. MAZEAMD : op. cit., n. 1056, p. 929.

V. aussi: MARTY ET RAYNAUD : op. cit., p. 783, n. 780.

التضامن السلبى بصفة خاصة ، ترجع في نظرنا - كما أوضحنا عند بيان أهميته - إلى أن هذا التضامن يخول الدائن ضمانا يجنبه مقبة اعرار أحد المدينين التضامنين وذلك بمطالبة غيره المورس منهم ونتيجة ذلك انتقال عيب اعرار احدهم عن عاتق الدائن إلى عاتق المورس منهم * وليس من شك في أنه لم يكن هناك يد اإلمام المشرع والحالة هذه من أن يقرر عدم افتراض التضامن السلبى ووجوب نشوئه أما بالاتفاق أو بنص القانون * فتحمل الحين التضامنين - والقرض يصارعم - عيب اعرار احدهم هو أمر يقتضى أما موافقتهم عليه وإلا الزلمهم به بنص قانونى * لذا نرى المشرع وقد حصن مصادر ذلك النوع من التضامن في الاتفاق ونص القانون .

وبهنا هنا أن نبرز ملاحظة نعتقد في أهميتها * ذلك أن حظر المشرع المدنى الكوئى لافتراض التضامن لنما يقتصر فقط على الالتزامات المدنية دون التجلوية * ويكون بذلك قد حصن خلافا في الفقه لحدتم ردها طويلا من الزمن حول الموضوع(٣٦) .

وينشا التضامن السلبى على ما تقدم ، عن اتفاق صريح أو ضمنى كما يمكن أن يقرر بنص قانونى مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٢٨ من القانون المدنى الكوئى من أنه « إذا تعدد الأشخاص الذين حدث الضرر بخطئهم للترم كل منهم في مواجهة الضرر بتعويض كل للضرر ، وللتزامهم تضامنى أو على وجه الدقة تضامنى(٣٧) » .

وقد نصت على تضامن المسئولين عن تعويض الضرر الناتج عن العمل غير المشروع المادة ١٦٩ مدنى مصرى * مثال ذلك أيضا ما نصت عليه المادة ١/٦٩٢ مدنى كويتى من أنه « يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهجم أو خلل جزئى فيما شيداه من مبان أو اقاماه من منشآت ثابتة وذلك خلال عشر سنوات من وقت اتمام اللبنة أو الإنشاء ... » وهو الأمر الذى نصت عليه أيضا المادة ٦٥١ من القانون المدنى المصرى * ومن الأمثلة أيضا ما نصت عليه المادة ١/٧٥٩ مدنى كويتى بخصوص التزلم الكفلاء بمقود متواليه ومسئولية كل كميل منهم عن كل الدين * وما نصت عليه المادة ٧٦٦ مدنى كويتى من أن يكون للكفلاء متضامنين في الكفالة القانونية أو القضائية أو التجلوية(٣٨) .

(٣٦) راجع في هذا الخلاف : محمد الببيب شنب ، المرجع السابق عايش رقم ٢٠ .

ص ٣٢٨ .

(٣٧) راجع الفكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكوئى ، ص ١٥٩ .

(٣٨) تارن نص المادة ٧٩ من القانون المدنى المصرى بخصوص تضامن الكفلاء في

الكفالة القضائية أو القانونية .

الفرع الثاني

آثار التضامن السلبى

٢١٧ - نبحث آثار هذا للتضامن في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ،
ثم آثاره في علاقة المدينين المتضامنين فيما بينهم *

٢١٨ - أولا : آثار للتضامن السلبى في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن :

يحكم آثار هذا التضامن في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن ثلاثة
مبادئ أساسية هي :

- ١ - وحدة الحل *
- ٢ - تمسك الروابط *
- ٣ - التناوب التبادلية فيما ينفع ولا فيما يضر *

٢١٩ - ١ - مبدأ وحدة الحل :

ومؤدى المبدأ أن محل الالتزام واحد بالنسبة لجميع المدينين * فما
يلتزم به أى مدين هو ما يلتزم به غيره من المدينين ويترتب على ذلك ما يأتى
من آثار :

(أ) يكون للدائن الحق في مطالبة مدينيه المتضامنين معا أو مطالبة
أحدهم على سبيل الأفراد أو مطالبة بعضهم دون البعض ونصت
على ذلك المادة ١/٣٤٦ مدنى كويتى (م ١/٢٨٥ مدنى مصرى) *
وإذا طالب أحدهم لا يجوز له دفع مطالبة الدائن بوجوب تقسيم
الدين *

(ب) يترتب على وفاة أحد المدينين بالدين عينا أو بمقابل براءة ذمته
وبراءة ذمة الباقين هكذا نصت المادة ١/٣٤٧ مدنى كويتى (م ٢٨٤
مدنى مصرى) * فلذا رفض الدائن أن يستوفى الدين كله من
أى مدين متضامن كان لهذا الدين أن يجبره على قبول الوفاء بأن
يعرض الدين عليه عرضا حقيقيا ومن ثم تبرأ ذمته وذمة الباقي *

وتبرأ ذمة الدينين المتضامنين جميعا أيضا اذا تمت حوالة الدين من
أحد الدينين المتضامنين إلى شخص آخر إلا اذا لم يرض هؤلاء بالحوالة .
٢/٣٤٧ مدني كويتي . (م ٢٨٤ مدني مصري) .

وتبرأ ذمة الدينين المتضامنين جميعا بتجديد الدين في علاقة للدائن وأحد
الدينين المتضامنين . ذلك أن مقتضى التجديد انقضاء الالتزام الأصلي بتوابعه
وتأميناته لينشأ مكانه للتعلم جديد ومن تأميمات الالتزام الذي لنقض تضامن
الدينين به . كل ذلك ما لم يحتفظ الدائن بحقه قبل باقى الدينين المتضامنين
رغم انقضاء الدين بالنسبة لأحدهم بالتجديد . (م ٣٤٨ مدني كويتي -
م ٢٨٦ مدني مصري) .

وفوق ما تقدم ، تناول المشرع المدني الكويتي حالتين ينقض فيهما
الالتزام بالنسبة لأحد الدينين قبل الدائن ويبقى الالتزام تضامنيا بالنسبة
لسائر الدينين المتضامنين على الرغم من ذلك .

الحالة الأولى نصت عليها المادة ٣٤٩ من القانون المدني للكويتي ونصها
انه ، لا يجوز للدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائن
ومدين متضامن آخر الا بقدر حصة هذا المدين الآخر ، . وعليه ، فإذا انقضى
الدين بالمقاصة (٢٩) بين للدائن وأحد الدينين المتضامنين لم تنتع على للدائن أن
يرجع على هذا المدين ولا يبقى له إلا للرجوع على بقية الدينين المتضامنين
فيحق له مطالبة كل منهم - وبعد استنزال حصة من لنقض دينه قبله
بالمقاصة - بجملة الدين (٣٠) أي أن الدين ينقض بالنسبة لهم بقدر حصة
هذا المدين .

أما للحالة الثانية فقد ضمنها المشرع للكويتي نص المادة ٣٥٠ من
القانون المدني هناك ، وتخص انقضاء الدين باتحاد الذمة بين أحد الدينين

La Compensation est L'extinction de deux obligations de (٢٩)
la mine espèce. V. CARBONNIER op. cit., n. 132, p. 512

(٣٠) راجع حكم المادة ٢٨٧ مدني مصري .

التضامنين من جهة والدائن من جهة أخرى • واتحاد الذمة^(٢١) كما سترى فيما بعد - عبارة عن اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة الى دين واحد • فاذا انقضى دين أحد المدينين التضامنين قبل الدائن باتحاد الذمة عن طريق خلافة أحدهما للآخر ، تقتصر هذا الانقضاء بالنسبة لباقي المدينين على قدر حصة هذا المدين فقط^(٢٢) •

(ج) يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء ان يحتج بأوجه للدفع المشتركة بين المدينين جميعا هكذا نصت المادة ٢/٣٤٦ من القانون المدني للكويتي وكذلك يجوز له ان يحتج حسبما يقضى هذا بأوجه الدفع للخاصة به (راجع المادة ٢/٢٨٥ مدني مصري) • ومثال الدفع المشتركة الدفع ببطلان الالتزام مطلقا لمعجم المشروعية في السبب أو المحل • أما للدفع الخاصة فيمكن ان تمثل لها بالدفع المرتبط بمعيوب لولادة المدين وتعرض له في مجال تعدد للروابط •

٢٢٠ - ٢ - مبدأ تعدد للروابط :

تتعدد رابطة المدين التضامنين بالدائن مما يعني استقلال رابطة كل مدين منهم بالدائن عن رابطة غيره به •

ويترتب على ذلك ما يأتي من آثار :

(١) وجوب الاعتداد بكل وصف يلحق رابطة التزام اي مدين - وهي مستقلة - بالدائن • كما لو كان للالتزام احد المدينين مضافا الى اجل دون للالتزام الباقي أو لو كان الالتزام بجطلته مضافا الى اجل بالنسبة لكل المدينين التضامنين وسقط الاجل بالنسبة لأحدهم حيث يتعين على الدائن مراعاة ذلك في المطالبة بحقه •

La Confusion : C'est Lievenement qui reunite en une seule, La personne du debiteur et la personne du crancier par ex. quand L'une herited l'autre. (٣١)

V. SAVATIER : op. cit., n. 320 p. 387.

(٣٢) راجع حكم المادة ٢٨٨ مدني مصري •

(ب) إذا طالب الدائن أحد المدينين المتضامنين بالوفاء لمتنع عليه أن يدفع هذه المطالبة يدفع يخص مدينا آخر من هؤلاء . فإذا كان الدين قابلاً للإبطال بالنسبة لأحد المدينين نظراً لعب شاب لراولته امتنع على أي مدين آخر أن يتمسك بالدفع بالإعلان حال مطالبته للدائن إياه بالوفاء .

(ج) إذا لنقض الالتزام بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين لم يتحقق إلا بالنسبة له ، بقي الالتزام تضامنيا بالنسبة لمساائر المدينين . ومن تطبيقات ذلك ما ذكرنا بخصوص انتقضاء دين أحد هؤلاء المدينين بالمقاصة ولتحد الأجرة وقد أضاف المشرع المعنى الكويتي تطبيقات أخرى لذلك . فقد نصت المادة ١/٢٥١ على أنه إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح للدائن بذلك^(٣٢) ، فإذا لم يصدر منه هذا التصريح كان له - وهذا حكم للفترة الثانية من للنص المذكور - أن يطالب باقي المدينين المتضامنين بما بقي من الدين بعد خصم حصة الدين الذي أبرأه . ومع ذلك يكون له أن يطالبهم بكل الدين إذا احتفظ لنفسه بهذا الحق . وفي هذه الحالة الأخيرة يكون لهؤلاء المدينين حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بمقدار حصته في الدين^(٣٣) . ويلاحظ أنه إذا قام الدائن وأبرأ أحد المدينين المتضامنين من التضامن فقط بقي حقه في الرجوع على الباقي بكل الدين ما لم يتفق على غير ذلك (م ٢٥٢ مدني كويتي)^(٣٤) .

وفي جميع الأحوال التي يبرى فيها للدائن أحد المدينين المتضامنين من الدين أو للتضامن يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا الدين بنصيبه في حصة من أعسر منهم (م ١/٢٥٣ مدني كويتي)^(٣٥) على أنه إذا أدخل للدائن الدين الذي أبرأه من كل مسئولية عن الدين تحصل للدائن نصيب هذا الدين في حصة من أعسر من المدينين . (م ٢/٢٥٣ مدني كويتي)^(٣٦) .

(٣٢) راجع حكم المادة ١/٢٨٩ مدني مصري .

(٣٤) راجع حكم المادة ١/٢٨٩ مدني مصري .

(٣٥) راجع حكم المادة ٢٩٠ مدني مصري .

(٣٦) راجع حكم المادة ١/٢٩١ مدني مصري .

(٣٧) راجع حكم المادة ٢/٢٩٠ مدني مصري .

ومن التطبيقات ايضا ما نصت عليه المادة ١/٢٥٤ مدني كويتي من أنه إذا امتنع سماع الدعوى بمرور الزمن بالنسبة لأحد الدين التضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي الدينين الا بقدر حصة هذا الدين .

ويلاحظ ان هذا النص يختلف في بعض عباراته عن نظيره المصري وان كان الحكم فيها متماثلا في مضمونه فقد نصت المادة ١/٢٩٢ مدني مصري على انه اذا انتقض الدين بالتقادم بالنسبة لأحد الدينين التضامنين فلا يستفيد من ذلك باقي الدينين الا بقدر حصة هذا الدين . وللواضح ان المشرع الكويتي قد استعمل عبارة مرور الزمن بخلاف المشرع المصري الذي استخدم عبارة التقادم ليكون النص للكويتي بذلك متمشيا فيما يستخدمه من مصطلحات مع الفقه الاسلامي في هذا الخصوص .

وفي الحقيقة ، فانه اذا حققنا للنظر لوجدنا ان امر اختلاف النصين (الكويتي والمصري) انما يتجاوز بكثير الاختلاف في عبارات استخدمها المشرع المدني في البلدين . اذ الامر يتعلق بنظامين قانونيين بخصوص مرور الزمان واثره : اخذ كل مشرع في بلد بواحد منهما . ويختلفان بصورة جوهرية .

فالمشرع المدني الكويتي قد أخذ بأحكام مرور الزمن عن الفقه الاسلامي . وفيه لا يسقط الحق بمرور زمن أو مضي مدة . كل ما هنالك ان مرور الزمن هذا يمنع سماع الدعوى بالحق دون سقوطه عند انعدام للمعذر والانكار .

اما المشرع المدني المصري فقد أخذ بنظام تقادم الحق وسقوطه بمضي المدة . وسوف نعرض لذلك تفصيلا فيما بعد في الباب المتعلق بأسباب انقضاء الالتزام .

٢٢١ - ٣ - مبدأ النياية التبادلية بين الدينين التضامنين فيها ينفع ولا فيها يضر :

لم يصرح المشرع المدني الكويتي ولا نظيره المصري بمبدأ النياية التبادلية بين الدينين التضامنين كما صرح به بالنسبة للدينين التضامنين . وعلى كل حال فانه يمكن استخلاص هذا المبدأ من نص المادة ١/٢٥٥ مدني كويتي (م ١/٢٩٣ مدني مصري) اذ قالت : « لا يكون الدين التضامن مسؤولا فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا على فطه » ومنه فهم ذلك ان كل دين يسأل عن اى فعل يصدر منه بخصوص تنفيذ الالتزام ويكون من شأنه الاضرار ببسائر الدينين التضامنين . وهذا هو جوهر مبدأ النياية التبادلية بين هؤلاء ، فيما

ينفع لا نينا بضر - ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٤ مدني كويتي (م ٢/٢٩٢ مدني مصري) من أنه اذا انقطعت الحدة المقررة لنسج سماع الدعوى او اوقف سريانها بالنسبة لأحد المدينين المتضامنين فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقى المدينين - والمعنى للواضح لذلك أنه لا نيابة تعاضلية بين هؤلاء المدينين فيما يضرهم - وهو الحال في حالة قطع او وقف سريان الحدة المقررة لنسج سماع الدعوى .

ومن تطبيقات لعدمل للنيابة التعاضلية أيضا بين المدينين المتضامنين فيما يضر(٣٨) ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٥ مدني كويتي (م ٢/٢٩٣ مدني مصري) من أنه اذا اعذر الدائن أحد المدينين المتضامنين او قضاء فلا يكون لذلك أثر بالنسبة الى باقى المدينين .

أما عن تطبيقات وجود للنيابة التعاضلية بين المدينين المتضامنين فيما ينفع ما جاء في نهاية الفقرة الثانية من النص السابق وتنص بأنه اذا اعذر أحد المدينين المتضامنين للدائن استفاد من هذا الاعذار باقى المدينين .

كذلك ما نصت عليه المادة ٣/٣٥٧ مدني كويتي (م ٣/٢٩٥ مدني مصري) من أنه اذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين الى أحد المدينين المتضامنين فحفظها استفاد من ذلك باقى المدينين .

نضيف أيضا ما نصت عليه المادة ٢/٣٥٨ مدني كويتي (م ٢/٢٩٦ مدني مصري) من أنه اذا صدر حكم لصالح أحد المدينين المتضامنين استفاد منه الباقى ما لم يكن الحكم مبنيا على سبب خاص بالمدين الذى صدر الحكم لصالحه .

كذلك ما نصت عليه المادة ٣٥٦ مدني كويتي في صدهما (م ٢٩٤ مدني مصري) من أنه اذا تصالح الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وتضمن

(٣٨) ولجميع تطبيقات أخرى / ما نصت عليه المادة ٢٥٦ مدني كويتي في عجزها بخصوص الصلح الذى يبرمه الدائن مع أحد المدينين المتضامنين وكان من شأنه أن يرتب في ذمة هؤلاء التزاما أو يزيد فيما هم ملتزمون به .

كذلك ما جاء في المادة ١/٢٥٧ ٢ مدني كويتي بخصوص قرار لحد المدينين المتضامنين بالدين أو نكوله عن اليمين أو توجيهه الى الدائن يميئا خلفها فلا يشار باقى المدينين . كذلك ما نصت عليه المادة ١/٣٥٨ بخصوص صدور حكم ضد أحد المدينين المتضامنين فلا يوجب به على الباقين .

لصلح الأبراء من الدين أو براءة الذمة منه بأى وسيلة أخرى استتفاد منه
الباقون .

٢٢٢ - ثانياً : آثار التضامن للسلمي في علاقة الدين التضامني فيما
بينهم .

إذا كان التضامن يمثل عتبة تمنع انقسام الالتزام فإن ذلك لا يكون إلا في
علاقة الدينين بالدائن . أما في علاقتهم فيما بينهم فالأصل هو انقسام
الالتزام^(٣) . ولما كان الأمر كذلك فإن النتيجة النهائية هي أنه إذا قام أحد
الدينين ولو بالدين كان له الرجوع على باقي الدينين . على أنه إذا كان أحد
الدينين مسرراً في هذا الرجوع تحمل تبعه هذا الاعسار المدين الذي وفي ومعه
سائر الدينين . ونبحث انقسام الالتزام ورجوع الدين الموفى .

(١) انقسام الالتزام :

ينقسم الالتزام في علاقة الدينين التضامنين فيما بينهم ، مما ينتج
معه في النهاية القول بأن كل مدين يلتزم بحصته . والرجوع في تحديد
الحصص المصدر المتشعب للتضامن سواء كان اتفاقاً أو نصاً قانونياً . فإذا
لم تتحدد الحصص في المصدر المتشعب للتضامن كانت الحصص متساوية .
(م . ٢/٣٥٩ مدينى كويتى - م . ٢/٢٩٧ مدينى مصرى) وهو ما نصت
عليه المادة ١٢١٣ من القانون المدينى الفرنسى . واستثناء على الأصل مائل
في وجوب انقسام الدين بين التضامنين ، نصت المادة ٣٦٠ مدينى كويتى
على أنه إذا كان أحد الدينين هو وحده صاحب المصلحة في الدين تحمل به
كله في علاقته بالباقيين . وهو نفس الحكم الذى نصت عليه المادة ٢٩٩ مدينى
مصرى . وهو الحكم الذى نصت عليه المادة ١٢١٦ من القانون المدينى للفرنسى .
كما لو كان أحد الدينين هو الدين الأصيل والباقي ضمان له .

٢ - رجوع الدين الموفى على غيره من الدينين :

يكون رجوع أحد الدينين التضامنين على غيره من الدينين إذا قام بوفاء
كل الدين أو حتى جزء منه ما دلم هذا الجزء يزيد على حصته . وعليه لا يجوز
له هذا الرجوع إذا قام بوفاء حصته فقط .

ويكون رجوع الدين على غيره من الدينين كل بقدر حصته (م . ١/٣٥٩ مدينى
كويتى - ١/٢٩٧ مدينى مصرى) . ويقيد رجوع الدين بهذا القدر

(٣٩) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 790, p. 792.

وواضح أن النص يعالج من آثار التضامن السلبي في النطاق المتخصص ذكره بعض الآثار المتفرعة عن مبدأ وحدة المحل ومن تمسدد للروابط كما أوضحنا من قبل . وهذه المسألة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٢٨٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٤٦ من القانون المدني الكويتي .

أما المادة ٢٧٢ من المشروع فقد نصت على أنه « إذا أوفى أحد الدينين للدين برئعت ذمة للباقيين » .

والمادة المقترحة هذه ، وهي تعالج اثرا من آثار للتضامن على الوجه المتخصص ، تطابق المادة ٢٨٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا للفرقة الأولى من المادة ٣٤٧ من القانون المدني الكويتي .

ثانيا : وفي نطاق آثار التضامن على الوجه المتقدم ، وارتباطا بمبدأ وحدة المحل فإنه إذا كان يترتب على وفاء أحد الدينين التضامنين برائة ففته ومن معه من الدينين ، فإن ذمة هؤلاء تبرا أيضا بتجديد الدين في علاقة الدائنين بأحد الدينين . ونصت على هذا للحكم المادة ٢٧٣ من المشروع إذ قالت : « يترتب على تجديد الدين بين الدائنين واحد الدينين التضامنين أن تبرا ذمة باقي الدينين إلا إذا احتفظ الدائنين بحصة قبلهم » .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٢٨٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٤٨ من القانون المدني الكويتي .

لضافة الى الأحكام السابقة ، نصت المادة ٢٧٤ من المشروع على ما يأتي : « لا يجوز للمدين المتضامن أن يحتج بالمقاصة التي تقع بين الدائنين ومدين متضامن آخر إلا بقدر حصة هذا الدين » .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٢٨٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٤٩ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٢٧٥ من المشروع على أنه « إذا انحلت الذمة بين الدائنين لأحد مدينيه التضامنين ، فإن الدين لا ينقضى بالنسبة الى باقي الدينين إلا بقدر حصة المدين الذي انحلت ففته مع الدائن » . والمادة على هذا النحو تطابق المادة ٢٨٨ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٥٠ من القانون المدني الكويتي .

أما المادة ٢٧٦ من المشروع فقد نصت على ما يأتي :

١ - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين ، فلا تبرأ ذمة الباقيين إلا إذا صرح الدائن بذلك .

٢ - فلما لم يصدر منه هذا التصريح ، فليس له أن يطالب باقي المدينين المتضامنين إلا بما يبقى من الدين بعد خصم حصة المدين الذي أبرأه إلا أن يكون قد احتفظ بحقه في الرجوع عليهم بكل الدين . وفي هذه الحالة يكون لهم حق الرجوع على المدين الذي صدر الإبراء لصالحه بحصته في الدين .

والمادة تطبق المادة ٢٨٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطبق المادة ٣٥١ من القانون المدني الكويتي .

وقد عرضنا للنصوص السابقة من القانون المدني الكويتي وللقانون المدني المصري للحالة عند دراستنا لأثار التضامن السلمي في علاقة الدينين المتضامنين بالدائن .

ثالثاً : وفي إطار أثار التضامن السلمي في علاقة المدينين المتضامنين بالدائن أيضاً نصت المادة ٢٧٧ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا أبرأ الدائن أحد المدينين المتضامنين من التضامن ، بقي حقه في الرجوع على الباقيين بكل الدين ، ما لم يتفق على غير ذلك ، .

وهذه المادة تطبق المادة ٢٩٠ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطبق أيضاً المادة ٣٥٢ من القانون المدني الكويتي ، وقد أشرنا إلى النصين الآخرين فيها سبق .

وفي الإطار السابق أيضاً نصت المادة ٢٧٨ من المشروع على ما يأتي :

١ - في جميع الأحوال التي يبرى فيها الدائن أحد المدينين المتضامنين ، سواء كان الإبراء من الدين أم من التضامن ، يكون لباقي المدينين أن يرجعوا عند الاقتضاء على هذا المدين بنصيبه في حصة المسر منهم .

٢ - على أنه إذا أخطى الدائن المدين الذي أبرأه من كل المسؤولية عن الدين ، فإن الدائن هو الذي يتحمل نصيب هذا المدين في حصة المسر ،

وهذه المادة تطبق المادة ٢٩١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطبق المادة ٣٥٣ من القانون المدني الكويتي .

رابعاً : وفي نفس الاطار السابق وعلى اساس مبدأ تعدد الروابط الذي درسناه من قبل ، نصت المادة ٢٧٩ من المشروع على ما يأتي :

١ - اذا امتنع سماع الدعوى بسبب للتقادم بالنسبة لأحد الدينين المتضامنين ، فلا يستفيد من ذلك باقي الدينين الا بقدر حصة هذا الدين .

٢ - اذا انقطعت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى او وقف سريانها بالنسبة لأحد الدينين المتضامنين ، فلا يجوز للدائن أن يتمسك بذلك قبل باقي الدينين ، .

ولا يخفى أن النص يتضمن تطبيقاً للنيابة للتبادلية بين الدينين فيما ينفع لا فيما يضر .

وعلى كل حال ، فإن هذه المادة تطبق المادة ٣٥٤ من القانون المدني الكويتي .

أما عن النص المقابل من القانون المدني المصري للحالي لنص المادة المذكورة من المشروع فيجب أن يلاحظ اختلاف الحكم بينهما من زاوية مسلك المشروع اسلامياً وكونه أخذ بمنع سماع الدعوى لمرور الزمن دون أن يؤثر ذلك على الحق ذاته . وفي هذا يختلف النص المدني المصري الحالي وهو نص المادة ٢٩٢ حيث يتكلم عن انقضاء الدين بالتقادم .

خامساً : وعن النيابة التبادلية بين الدينين المتضامنين فيما ينفع لا فيما يضر قررت المادة ٢٨٠ من المشروع في فقرتها الأولى ما يمكن أن نسميه مبدأ في هذا الصدد اذ قالت : « لا يكون الدين المتضامن مسئولاً في تنفيذ الالتزام الا عن فطره » . وأضافت في فقرتها الثانية « ولذا اعذر الدائن أحد الدينين المتضامنين او قاضاه فلا يكون لذلك اثر بالنسبة الى باقي الدينين » . اما اذا اعذر أحد الدينين المتضامنين الدائن ، فإن باقي الدينين يستفيدون من هذا الاعذار » .

وقد نورد المشروع عدة تطبيقات لمبدأ النيابة التبادلية :

التطبيق الأول : وجاء بالمادة ٢٨١ ونصها كالآتي : « إذا تصالح الدائن مع أحد الدينين المتضامنين وتضمن للصلح الإبراء من الدين أو براءة للذمة منه بأي وسيلة أخرى ، لاستفاد منه للباقيون ، أما إذا كان من شأن هذا الصلح أن يرتب في ذمتهم التزاما أو ما يزيد قيمها هم ملتزمون به ، فإنه لا ينفذ في حقهم إلا إذا قبلوه » .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٥٦ من القانون المدني الكويتي .

للتطبيق الثاني : وجاء به المشروع في المادة ٢٨٢ ونصها كالآتي :

١ - إذا أقر أحد الدينين المتضامنين بالدين ، فلا يسرى هذا الإقرار في حق الباقيين .

٢ - وإذا نكل أحد الدينين المتضامنين عن اليمين أو وجهه إلى الدائن ميمنا حلقها ، فلا يضار بذلك باقي الدينين .

٣ - وإذا اقتصر الدائن على توجيه اليمين إلى أحد الدينين المتضامنين فخلف ، فإن الدينين الآخرين يستفيدون من ذلك » .

والمادة تتضمن في الواقع أكثر من تطبيق . وهي تطابق المادة ٢٩٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٢٥٧ من القانون المدني الكويتي .

والتطبيق الثالث ، نصت عليه المادة ٢٨٣ من المشروع على النحو التالي :

١ - إذا صدر حكم على أحد الدينين المتضامنين فلا يحتج بهذا الحكم على الباقيين .

٢ - أما إذا صدر الحكم لصالح أحدهم فيستفيد منه الباقيون إلا إذا كان الحكم مبنيا على سبب خاص بالدين الذي صدر الحكم لصالحه » .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٦ من القانون المدني المصري الحالي ،

كما تطابق أيضا المادة ٣٥٨ من القانون المدني الكويتي . وقد درسنا النصين من قبل .

ساسا : وفي آثار التضامن فيما بين الدينين المتضامنين بعضهم مع بعض نصت المادة ٢٨٤ من المشروع على ما يأتي :

« ١ - اذا وفى احد الدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له ان يرجع على اى من الباقيين الا بقدر حصته في الدين ، ولو كان بما له من حق الحلول قد رجح بدعوى للدائن » .

٢ - وينقسم الدين اذا وفاه احد الدينين حصصا متساوية بين الجميع ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٣٥٩ من القانون المدني الكويتي . وسبق لنا دراسة حكم للتصنيف .

وفي آثار التضامن في علاقة الدينين المتضامنين فيما بينهم أيضا ، نصت المادة ٢٨٥ من المشروع على ما يأتي :

« اذا اعسر احد الدينين المتضامنين تحمل تيممة هذا الاعسار المدين الذي وفى بالدين ، وسائر المدينين الموسرين ، كل بقدر حصته » .

وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٨ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق أيضا الفقرة الثالثة من المادة ٣٥٩ من القانون المدني الكويتي . ودرسنا فيما سبق حكم النص الكويتي مع الاشارة الى حكم هذا النص من القانون المدني المصري الحالي .

ونصت المادة ٢٨٦ من المشروع على ما يأتي :

« اذا كان احد الدينين المتضامنين هو وحده صاحب المصلحة في الدين ، فهو الذي يتحملة كله نحو الباقيين » . وهذه المادة تطابق المادة ٢٩٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المدني الكويتي .

المطلب الثالث

التضامن في الفقه الاسلامي أولا : تضامن الدائنين

٢٢٤ - تصور التضامن بين الدائنين في الفقه الاسلامي :

يمكن تصور التضامن بين الدائنين المتعديدين في الفقه الاسلامي اذا ما وكل أحدهم غيره في قبض الدين * ويكون ذلك بصفة خاصة في الديون المشتركة حيث يوكل أحد الدائنين غيره في قبض حصته * وما ذلك الا تطبيق لقاعدة في الفقه الاسلامي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٤٥٩ اذ قالت : يصح أن يوكل واحد غيره في الأمور التي يجوز له أن يباشرها بنفسه وبايضا، واستيفاء كل حق متعلق بالمعاملات ، *

ولما كان من الجائز في الفقه الاسلامي ان يوكل للشخص غيره في استيفاء حقه (٤٠) ، جاز لدائن ضمن دائنين متعددين أن يوكل أحدهم في قبض حصته على ما ذكرنا .

وقد اجازت المادة ٩٦٥ من مرشد الحيران التوكيل بقبض الدين بصفة عامة حين قالت : يجوز للتوكيل بتقاضى الدين وقبضه من غير رضا الخصم سواء كان الموكل حاضرا ام غائبا صحيحا ام مريضا ، *

وقد نصت على الوكالة بقبض الدين المادتان ١٢٥٤ ، ١٢٥٥ من مجلة الاحكام التشريعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل * ومن فروض التضامن الايجابى بين الدائنين في الفقه الاسلامي ما يسمى بالدين المشترك * وهو الدين الذى لشخصين فأكثر بذمة ثالث بسبب واحد على حد قول المادة

(٤٠) راجع الوكالة في قبض الديون عند الشافعية : المهذب ، للشيخ الزى ، مشار ليه من قبل الجزء الاول ، نهية ص ٣٥٥ وبيد ص ٣٥٦ .

وقد اجاز الوكالة في قبض الدين واستيفاء الاول .

ويقول ايضا في ص ٢٥٧ : « لا يجوز للتوكيل الا في تصرف معلوم
وان قال وكلتلك في قبض جميع ديونى صح لانه يعرف ماله ودينه
وان قال انقبض ما شئت من ديونى جاز لانه عرف ماله ودينه » .

١٨٠٠ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد ابن حنبل (١) * ومنه ما نصت عليه المادة ١٨٠٢ من هذه المجة بخصوص ما اذا بيع او اجر مال مشترك صفقة واحدة فالتنمين والاجرة دين مشترك بين الشراء في ذلك انما وجدوا و اعرض اثنين ما لا مشترك بينهما فهو دين مشترك *

وعن احكام هذا الدين المشترك وما ينطوى عليه من تصور للتضامن بين الدائنين ما نصت عليه المادة ١٨٠٣ من مجلة الاحكام لشرعية من انه اذا اجر احد الشريكين في الدين المشترك للحال حقه جاز ، وليس له ان يؤخر حق شريكه ، وهذا للتأخير لا يعنمه من مطالبه ولا مقاسمه الشريك الاخر فيما يقبضه من الدين المشترك * كذلك ما نصت عليه المادة ١٨٠٤ من مجلة الاحكام الشرعية سائلة للذكر من انه اذا قبض احد الشريكين من الدين المشترك دون اذن شريكه فللشريك الآخر ان يأخذ من القابض بنسبة حصته (٢) * الا يعد ذلك كله اثرا من آثار التضامن الايجابي في علاقة الدائنين فيما بينهم ؟ الا يتفق مع حكم المادة الاولى والثانية ما جاء في المادة ١/٢٤٥ مدني كويني (م * ٢٨٣ مدني مصري) من مبدأ مؤداه : ان كل ما يستوفيه احد الدائنين المتضامنين من الدين يصير من حق الدائنين جميعا ويقسمونه بالتساوي الا اذا وجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك ؟ *

٢٢٥ - مبادئ، تحكم للتضامن بين الدائنين في للفقه الاسلامي *

وايضا ونحن نتكلم عن آثار التضامن الايجابي بين الدائنين في القانون المدني عدة مبادئ، تحكم آثار هذا التضامن على الاخص في علاقة هؤلاء الدائنين بالدين *

(ا) مبدأ وحدة المحل *

(ب) مبدأ تمسك الواليط *

(ج) مبدأ النيابة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر *

ونتسأل الا يمكن تصور هذه المبادئ، بمعناها وآثارها في الفقه الاسلامي ؟

(٤١) * اذا كان لاتنين أو اكثر في قمة آخر دين ناشئ، من سبب واحد فهو دين مشترك (م ١٠٩١ من مجلة الاحكام الحلية) *

(٤٢) راجع في هذا المعنى حكم المادة ١١٠١ من مجلة الاحكام الحلية ونصها كالتالي : * ما يقبضه كل واحد من الدائنين من الدين المشترك يكون مشتركاً بينهما وللشريك الآخر أخذ حصته منه ولا يسوغ للقابض ان يختص به وحده * *

ان ردا بالايجاب على هذا للتساؤل يمكن الوصول اليه بتحليل تقوم به ، نفق من خلاله على ان القانون المدني ، الكويتي والمصري ، لا يختلفان عن العقه الاسلامي بشأن ما يحكم التضامن بين الدائنين من مبادي .

٢٢٦ - ١ - مبدأ وحدة المحل : فانه يعني في القانون المدني ان محل الانزلم اى الدين واحد بالنسبة لجميع الدائنين التضامنين . ومن اثار ذلك في القانون المدني كما بينا من قبل انه لا يجوز للمدين ان يفرض على احدى دائنيه التضامنين وفاء بقدر نصيبه في الدين وقلنا ان عنه ذلك ترجع الى ان وفاء مثل هذا يعد جزئيا ويتعارض مع التضامن . ونرى ان هذا التصور لمبدأ وحدة المحل وما يرتبه من اثار ليس الا تطبيقا لما جاء في المادة ١٨٠٨ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل ونصت على انه « ليس للمدين ديناً مشتركاً بسبب متحد أن يخص بعض الشركاء بوفاء ، حقه او بعضه » ، اليمس في الدين المشترك بسبب متحد ما ينبغي ، وبوضوح عن تصور لمبدأ وحدة المحل كما جاء بالقانون المدني ؟ الويمس في منع النص للمدين بالدين المشترك من الوفاء ليمض للشرك ، بحقه او جزء منه نفس تصور الوفاء للجزئي المنوع قانونا في حالة تضامن المدينين باعتباره اعدرا لمبدأ وحدة المحل ؟

٢٢٧ - ٢ - مبدأ تعدد الروابط :

ذكرنا ان معناه في الفقه القانوني يتمثل في أن رابطة كل دائن بالدين تكون مستقلة عن رابطة غيره من الدائنين به . وان من الآثار المترتبة على ذلك انه على الدائن أن يأخذ في الاعتبار ما قد يلحق رابطة بالمدين - وهي مستقلة - من اوصاف ، كان يكون الدين مضافا الى أجل او مطلقا على شرط . وهذا التصور القانوني لمبدأ تعدد الروابط باثريه ليس سوى ترجمة لما جاء بالمادة ١٨٠٣ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل من انه ليس لأحد الشريكين في الدين المشترك للحال ان يؤخر حق شريكه وان آخر حقه هو جاز . الا يعنى ذلك ان كل دائن مستقل برابطته بالمدين وما يلحقها من اوصاف ؟

٢٢٨ - ٣ - مبدأ التبادلية بين الدائنين فيما ينفع لا فيما يضر :

قلنا ان هذا المبدأ تضمنته المادة ٢/٣٤٤ مدني كويتي (مادة ٢٨٢ مدني مصري) ويعنى أنه اذا أتى احدى الدائنين التضامنين عملا من شأنه الاضرار بغيره من الدائنين لم ينفذ هذا العمل في حقهم .

ولا نرى في ذلك سوى أعمال لما جاءت به المادة ١٧٩٩ من مجته الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل إذ قالت : « يجبر الشريك على موافقة شريكه في دفع مضرة أو إبقاء منفعة » . وقد جاء ذلك في النص بمناسبة الدين المشترك لشخصين في ذمة ثالث مما يعني شركة ملك بينهما . أليس في ذلك ما يعني أن ما يأتيه دائن بدين مشترك لا يسرى في حق غيره من الدائنين إلا إذا كان نافعاً وليس ضاراً ؟ أليس في ذلك ما يجسد فكرة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر ؟ ويؤكد ذلك قول المادة ١٨٠٩ من مجلة الأحكام المذكورة إن « إبراء أحد الشريكين في الدين المشترك ينفذ في حقه دون حق شريكه » ومؤدى ذلك أن قيام أحد الدائنين بالدين المشترك بإبراء الدين لا ينفذ في حق غيره من الدائنين لأنه ضار بهم . ليس من شك في أن ذلك يؤكد فكرة التبادلية فيما ينفع لا فيما يضر .

ثانياً : تضامن الدينين

٢٢٩ - تضامن الدينين معروف في الفقه الإسلامي . ويظهر ذلك بصفة خاصة في الكتابة . ولما في نصوصه ما يدل على ذلك .

جاء في القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي « فإذا ضمن اثنين دين رجل لغيره فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصّة ؟ على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع ، نص عليه أحمد في رواية رجل له على رجل ألف درهم فكفل بها كفيلاً كل واحد منهما كفيل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه » (١٢) .

(٢٣) القواعد في الفقه الإسلامي ، للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي - سبق الإشارة إليه ، القاعدة الثالثة عشرة بعد المائة ، ص ٢٥٤ .

وتنص المادة ١١٢٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد بن حنبل على ما يأتي « يصح تمديد الضمانات في الحق للولد ، فلو قال كل واحد منهم ضمنت لك الحق صار كل منهم ضامناً لجميع الحق » .

(٢٤) وتقريب من ذلك عند الشافعية ما ذكره الشيرازي في المهذب بخصوص ضمان الدين « ويجب بالضمان الدين في ذمة الضامن ولا يسقط عن الضامن عنه ويجوز للمضمون له مطالبة الضامن والمضمون عنه لأن الدين ثابت في ضمانه ، فكان له مطالبتها فإن ضمن عن الضامن ثالث جاز لأنه ضمان دين ثابت تجاز كالتضامن الأول » .

وجاء في المادة ١٩٠ من مرشد الحيران أنه « إذا كان على عدة أشخاص دين وكان كل منهم كفيلا بجميعة عن أصحابه فللغيرم أن يطالب به من شاء منهم ومطالبته لأحد منهم لا تمنعه من مطالبة الآخرين فإن دفع أحد منهم للدين بتمليه برى، الآخرون والدافع الرجوع على أصحابه بما دفعه زائدا على ما هو واجب عليه أن كتلت للكفالة بأمرهم وإذا كان أحد منهم مسرا فلا يلزم الآخرين شيء من حصته » .

ينضج لنا من النص أنه لو تعدد المستولون عن دين واحد وكان كل منهم كفيلا أى ضامنا لكل الدين وعن جميع الكفلاء جاز للدائن أن يطالب أيا منهم بكل الدين . وليس من شك في أن مفهوم التضامن السلبي في القانون المدني الذي عرضنا له من قبل لا يختلف عن هذه الصورة للتضامن بين المدينين في الفقه الإسلامي . فالتضامن بين المدينين ينبئ - في الفقه الإسلامي والقانون - على تعدد المدينين بدين واحد في مصدره بحيث يجوز للدائن مطالبتهم بالدين مجتمعي أو منفردين^(٢٥) .

٢٣٠ - وبخصوص أحكام التضامن بين المدينين وأشار نجدها لا تختلف في القانون عنها في الفقه الإسلامي . ففي الأخير وحسبما ينضج لنا من النصوص المذكورة يجوز للدائن أن يطالب بالدين مثل المدينين مجتمعي أو يطالبهم على سبيل الأفراد . وإذا لوفى أحد منهم بكل الدين كان له حق الرجوع على باقي المدينين كل بقدر حصته . ليس هذا فحسب بل إن المدين الذي أوفى على هذا الوجه يتقيد في رجوعه بنصيبه في حصة من أعسر من المدينين . كل هذه الأحكام والآثار لتضامن المدينين في الفقه الإسلامي كما وردت في المادة ١٩٠ من مرشد الحيران تتفق معها أحكام التضامن بين المدينين في القانون المدني .

(٢٥) راجع حكم المادة ٦٤٤ من مجلة الأحكام العدلية بخصوص مطالبة الدائن للاصيل والكتيل . ٦٤٧ بخصوص تعدد الكفلاء .

وقال: « إن جزى المالك ويقول : إذا أخذ ضامنين بحقه فليس على أحدهما إلا نصف الحق إلا أن يكون أحدهم في موطنين فكل واحد منهما ضامن لجملة الحق . وكذلك إذا ضمنا بحكم الخيار أو ضمن كل واحد الآخر » .

قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٥٤ .

المبحث الثاني عدم قابلية الالتزام للانقسام

L' INDIVISIBILITE

٢٣١ - تعريف عدم القابلية للانقسام وأنواعه :

يكون الالتزام غير قابل للانقسام اذا لم تنتج تجزئة الوفاء به بالنسبة لأطرافه المتصحدين من الناحية الايجابية (الدائنين) او من الناحية السلبية (المدينين) وذلك لان طبيعة المحل الذي يرد عليه لا تقبل التجزئة (٢٣٠) .

وعدم قابلية الالتزام للانقسام كما ترجع الى طبيعة المحل الذي يرد عليه ليقتل ان عدم الانقسام طبعى فقد ترجع ايضا الى الاتفاق عليها ليقال ان عدم الانقسام اتفقى .

ويكون عدم الانقسام طبعيا اذا كان المحل الذي يرد عليه الالتزام غير قابل للتجزئة عند التنفيذ . وفي هذا المعنى نصت المادة ١/٣٦١ مدنى كويتى (مادة ١/٣٠٠ مدنى مصرى) . كما لو كان محل الالتزام يتمثل فى تسليم حيوان حى (٢٣١) .

ويكون عدم الانقسام اتفقيا ، اذا اتجهت لردة ذوى الشأن صراحة او ضمنا الى عدم تجزئة الالتزام عند الوفاء او التنفيذ ولو كانت طبيعة المحل الذى يرد عليه تقبل مثل هذه التجزئة .

ويستفاد الاتجاه الضمنى للارادة نحو عدم تجزئة الالتزام من الغرض ابدى رضى اليه المتعاقدان .

ويستفاد الاتجاه الضمنى للارادة اذا تبين من الغرض الذى رضى اليه المتعاقدان ان الالتزام لا يمكن تنفيذه على سبيل التجزئة . . . هكذا نصت المادة ٢/٣١١ مدنى كويتى (مادة ٢/٢٠٠ ب مدنى مصرى) .

(٢٦) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 768 p. 775.

(٢٧) راجع : V. aussi : MAZEAUD : op. cit., no. 1075, p. 1005.

كما لو اشترى شخص قطعة أرض وكان للبائع عدة أشخاص كانت الأرض على ملكيتهم * فالالتزام مؤلّا بتسليم الأرض لا يتجزأ في تنفيذه سيما إذا بان أن غرض المشتري هو الدباء عليها *

٢٣٢ - آثار عدم القابلية للتقسيم :

في بيان آثار عدم القابلية للتقسيم نفرق - حسبما تقتضيه النصوص - بين حالة تعدد المدينين وتعدد الدائنين *

١ - إذا تعدد المدينون في الالتزام غير قابل للتقسيم كان كل منهم ملزماً بوفاء الالتزام كاملاً ، وللمدين الذي وفي حق الرجوع على الباقي كل بقدر حصته لا إذا تبين من الظروف غير ذلك * ومن هذه الظروف إذا كان محل الالتزام تسليم حيوان حي وقام أحد المدينين المتحمدين بالالتزام بالتسليم بتنفيذه * لا لا رجوع له على الباقي (مادة ٣٦٢ مدني كويتي - مادة ٣٠١ مدني مصري) *

٢ - إذا تعدد الدائنون في الالتزام غير قابل للتقسيم أو تعدد ورثة الدائن في هذا الالتزام جاز لكل دائن أو وارث أن يطلب أداء الالتزام كاملاً * فإذا اعترض أحد الدائنين أو الورثة على ذلك كان المدين ملزماً بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين أو بليداع الشيء محل الالتزام خزنة أدلة التنفيذ (مادة ٣٦٣ مدني كويتي - مادة ١/٣٠٢ مدني مصري) *

وإذا استوفى الالتزام أحد الدائنين رجع عليه الباقي منهم كل بقدر حصته هكذا نصت المادة ٣٦٣ مدني كويتي في عجزها (مادة ٢/٣٠٢ مدني مصري) *

٢٣٣ - الالتزام غير القابل للتقسيم في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولاً : في تعريف هذا الالتزام نصت المادة ٢٨٧ من المشروع على ما يأتي : « يكون الالتزام غير قابل للتقسيم :

(أ) إذا ورد على محل لا يتقبل بطبيعته أن ينقسم *

(ب) إذا تبين من الغرض الذي رمي اليه المتماثلان أن الالتزام لا يجوز تنفيذه منقسماً ، أو إذا انصرفت نية المتماثلين إلى ذلك * ، وهذه المادة تطالب المادة ٣٠٠ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطبق المادة ٣٦١ من القانون المدني الكويتي *

نانيا : في بيان آثار عدم التقابلية للانقسام في حالة تعدد الدائنين نصت المادة ٣٨٨ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا تعدد الدائنون في دين غير قابل للانقسام ، او تعدد ورثته أدائن في هذا الالتزام ، جاز لكل دائن او وراث أن يطالب بأداء الالتزام كاملا ، فاذا اعترض أحد الدائنين او الورثة على ذلك ، كان الدين ملزما بأداء الالتزام للدائنين مجتمعين او ليراث الشيء محل الالتزام .

٢ - ويرجع للدائنون على الدائن انذى لستوفى الالتزام ، كل بقدر حصته .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٢ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق المادة ٣٦٣ من القانون المدني الكويتي .

ثالثا : وعن آثار عدم التقابلية للانقسام في حالة تعدد الدينين . نصت المادة ٢٨٩ من المشروع على ما يأتي :

١ - اذا تعدد الدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كل منهم ملزما بوفاء الدين كاملا .

٢ - وللدين الذي وفي بالدين حق الرجوع على اللابدين ، كل بقدر حصته الا اذا تبين من الظروف غير ذلك .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠١ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق ايضا المادة ٣٦٢ من القانون المدني الكويتي .

٣٣٤ - الالتزام غير القابل للانقسام في الفقه الاسلامي :

ان فكرة الالتزام غير القابل للانقسام معروفة في الفقه الاسلامي . ونبرز هنا ما نعتقده تطبيقا من تطبيقاتها فيه . فقد نصت المادة ١٦٤٢ من مجلة الأحكام المحلية على انه « يصح لأحد الورثة أن يدعى بدين للميت في ذمة آخر وبعد الثبوت يحكم بكل الدين المذكور لجميع الورثة ولكن ليس لوارث الدعي أن يقبض منه الا حصته ولا يمكنه أن يقبض حصص سائر الورثة » .

ومنهوما للنص ، انه يجوز لوارث الدائن - وفي حالة تعدد الورثة - أن يطالب ، ابتداء ، بكل الدين ، لكنه لا يأخذ في الاستيفاء الا حصته فقط . وفي هذا الغرض ما يعنى أن الدين وحتى الحكم به غير منقسم بالنسبة لأطرافه من الناحية الإيجابية .

الباب الثالث

انتقال الالتزام

٢٣٥ - تمهيد وتقسيم :

رأينا ان الاصل في الالتزام اثناء حياته ان يكون بسيطا ومنجزا . الا انه قد يلحق به ما يعدل في هذا التجيز وتلك البساطة . وقد عرضنا في ذلك للمشرط والاجل . ونكونا ان هذا كله لا يؤثر في جوهر الالتزام . هذا الجهر الذي تحول من النظرة للشخصية - والالتزام فيها لا ينفك عن شخص طرفيه الى نظرة مادية يختلط فيها الالتزام بمطه حيث التهمة الاقتصادية له . والفارق بين النظرتين على نحو ما ذكرنا من قبل يتلخص في انه والالتزام في الاولى رابطة بين شخصين فلا يتصور بقاؤه مع تغير طرفيه او احدهما بخلاف الثانية ، والعبارة فيها بالاداء فانه يتصور بقاء الالتزام على الرغم من تغير طرفيه او احدهما . وتبعا للاخيرة ، اجازت التشريعات لانتقال الالتزام من الناحية الايجابية ومن الناحية السلبية . ويسمى انتقاله في الاولى حوالة ، للحق ، وفي الثانية حوالة الدين .

ونخصص لكل منها فصلا .

الفصل الأول

حوالة الحق

LA CESSION DE CREANCE

٣٣٦ - حوالة الحق عبارة عن عقد يتمكن بمقتضاه دائن من نقل حقه لدى مدينه الى شخص ثالث يصير دائنًا للآخر بدل الأول(١) . فطراف حوالة الحق ثلاثة :

Le Cedant (أ) المجل

وهو الدائن الأصلي بالحق والذي يقوم بنقله .

Le Cessionnaire (ب) المحال له

وهو من انتقل اليه الحق وصار دائنًا بدلًا من المحل .

Le Cede (ج) المحال عليه

وهو المدين بالحق .

فما هي شروط هذه الحوالة وما آثارها ؟ وما تصور للفقهاء الاسلامي لها ؟

وتأسيسا على ما تقدم ، نقسم دراستنا في هذا الفصل الى المباحث الاتية :

المبحث الأول : شروط حوالة الحق

المبحث الثاني : آثار حوالة الحق

المبحث الثالث : حوالة الحق في الفقه الاسلامي

(١) انظر في تعريف حوالة الحق MAZEAUD : op. cit., n. 1255, p. 1139
RIEG (AL Fred) : Cession de Creance : Encycl ju ridique 2ed,
t. 2, 1970.
GAUDEMET (E) : Theorie des Obligations, Paris, 1937, p. 453 ets.

البحث الأول

شروط حوالة الحق

٢٢٧ - في بحث شروط هذه الحوالة ، فنقولها على طائفتين ، الاولى ونتكلم فيها عن شروط انعقادها ، أما الثانية فنخصصها لشروط نفاذها .

ونخصص لكل منها مطلباً ٠٠ هذا وقد تناول المشرع المدني الكويتي حوالة الحق واحكامها في المولد ٣٦٤ - ٢٧٦ (مادة ٣٠٣ و ٣١٤ مدني مصري) .

المطلب الأول

شروط انعقاد حوالة الحق (٢)

٢٢٨ - تعد حوالة الحق من العقود للرضائية وتخضع - شأنها في ذلك شأن أي عقد - للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث وجوب توافر الرضا والمحل والسبب هذا من جهة . ومن جهة أخرى يجب أن يجرى للرضا خالياً من العيوب وهي الغلط والتليس والاكراه ، إضافة إلى وجوب توافر الإهلية لدى طرفي هذا الرضا . وتختلف الأهلية حسبها إذا كانت الحوالة تبرعية أو بعوض .

فاطراف الحوالة مما المحل والمحال له وتنعقد برضاها ٠ إذ لا يشترط رضا المحال عليه لأنه ليس طرفاً فيها . إذ يستوي لديه أن يفي بالدين لهذا أو ذلك . رد على ذلك ، أنه ليس في حوالة الحق من الدلائل الآخر اضرار بالدين . يوجب رضاه لانعقاد الحوالة (٣) . ونصت المادة ٣٦٤ مدني كويتي على أن حوالة الحق تتم دون حجة إلى رضا الدين وهو ما نصت عليه أيضاً المادة ٣٠٣ مدني مصري .

MAZEAUD : op. cit. n. 1259 p. 1141 et s.

(٢) راجع :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 805, p. 810.

(٣) المنهوي ، الوسيط ج ٣ ، رقم ٣٦٠ ، ص ٤٦٧ .

وكما اشرنا فانها يمكن ان تكون بعض يؤديه الحال له الدلائل . وفي هذه الحالة تعد - لذا كان العوض نقديا - بينما وتخضع لاحكامه . كما يمكن ان تكون على سبيل للتبرع اى دون مقابل . وفي هذه الحالة تعد مبه وتخضع لاحكامها (٤) .

وما دلت حولة الحق من العقود الرضائية ، فان التراضي يكفي لانعقادها اذ لم يستوجب للقانون - ابتداء - شكل معين في حولة الحق . واستثناء على ذلك يمكن ان تكون الحولة شكلية اذا كانت بدون مقابل حيث تعتبر منه على نحو ما ذكرت الان ومن ثم يجب ان تستوفي شروط الهبة شكلا وموضوعا .

ونبه هنا بشأن رضائية حولة الحق كاصل ، الى انه يجب عدم الخلط بين هذه الرضائية وما تنص عليه المادة ٢٦٩ منى كويتى من وجوب قيام الحيل بتسليم الحال له سند الحق به . فالشرع للكويتى لم يقصد اعتبار هذا التسليم ركنا في حولة الحق ولكنه طريق للتنفيذ وهو ما نبه عنه للفقه الفرنسى بخصوص حكم مماثل للسابق وتتضمن المادة ١٦٨٩ من القانون المعنى للفرنسى (٥) .

٢٣٩ - وبالنسبة للمحل باعتباره ركنا في حولة الحق ، فانه يتمثل في الحق الحال به الذى ينتقل الى الحال له باتفاقه مع المحل . والاصل ان الحولة يمكن ان ترد على جميع الحقوق الشخصية ايا كان محلها ولا تقتصر فقط على الحالة التى يتمثل فيها محل الحق في دفع مبلغ نقدي (٦) .

ويلاحظ أيضا ان الحق الشخصى يقبل الحولة ايا كانت طبيعته مونية او تجارية (٧) ليس هذا فحسب بل ان هذه الحقوق تقبل الحولة سواء كانت موصوفة او غير موصوفة (٨) . لضافة الى ما تقدم ، يمكن ان يكون محلا للحولة أيضا ما هو محتمل او مستقبل من هذه الحقوق بشرط

MARTY et RAYNAUD : op. cit.,

MAZEAUD : op. cit., n. 1259, p. 1142.

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 807, p. 811.

MARTY ET RAYNAUD : op. cit., n. 806, p. 810

SAVATIER : op. cit., n. 269. p. 330.

MARTY et RAYNAUD : op. cit.,

لكمال عنصر تكوينه^(٩) . مثال ذلك ان يقوم مقاول بتحويل حقه قبل صاحب العمل الى شخص آخر ولو قبل بدء أعمال البناء ولكن بعد إبرام العقد . كذلك يجوز لأولف تعاقد مع ناشر على نشر مؤلفه لقاء مقابل نقدي ان يقوم بتحويل حقه قبل الاخير ولو قبل التأليف ما دامت الحوالة بعد إبرام العقد مع الناشر .

واستثناء على ما تقدم لا تجوز حوالة بعض الحقوق اما بالاتفاق او النص على ذلك وربما لا تسمح طبيعة الحق بتحويله . فقد يتفق الطرفان على عدم جواز حوالة حق نشأ عن عقد معين . فجواز حوالة لا ينطبق بالنظام العام كما نصت على ذلك المادة ٣٦٤ مئتي كويتي (مادة ٣٠٣ مئتي مصرى) . فقد اجازت حوالة الحق ما لم يقض الاتفاق او للنص بغير ذلك .

وقد ينص القانون على منع حوالة بعض الحقوق التي لا يجوز للحجز عليها كما هو الحال بالنسبة للنفقة . ونصت على ذلك المادة ٣٦٥ مئتي كويتي (مادة ٣٠٤ مئتي مصرى) بقولها : لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز ، (١٠) لضافة الى ذلك قد تستعصى طبيعة الحق على امكن حوالته لا سيما اذا كانت شخصية الدائن به محل اعتبار . كما في دين النفقة حيث يلتزم شخص بالاتفاق على آخر لصلة صداقة مثلا (١١) .

المطلب الثاني

شروط نفاذ حوالة الحق

٢٤ - عرضنا في المطلب السابق لشروط انعقاد للحوالة بين طرفيها وهما المحيل له . ويبقى بعد ذلك ان نتساءل عن نفاذها . ليس من شك في ان الحوالة تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها . اما نفاذها في مواجهة الغير فلا يكون الا بتوافر شرطين هما . قبول الدين للحوالة ، او اعلانه بها . ونصت على الشرطين المادة ٣٦٦ من القانون المئتي كويتي (مادة ٣٠٥ مئتي مصرى) . والغير في حوالة الحق يقصد به كل من لم يكن طرفا في عقد الحوالة . ويشمل الدين واى شخص آخر غير المحيل والمحيل له .

ولا تكون الحوالة نافذة في حق الغير - حسبما يقضى النص السابق - الا بقبول الدين للحوالة و اعلانه بها . وهذا منطقي اذ لا يتصور التزلم

MARTY et RAYNAUD : op. cit.

(٩) r. aussi : MAZEAUD . op. cit., n. 1256, p. 1140 et n. 1258, p. 1141.

(١٠) مثال ذلك ايضا حظر التصرف للفرنسي حوالة الحق في تمويل اضطرار الحرب
(١١) محمد وليد شبيب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦١ ، ص ٣٦٠ . MAZEAUD : op. cit.

المدين بالوفاء للمحال له بدلا من الدائن المحيل الا اذا كان يطعم بالحالة ج
والعلم بها يكون بقبوله لها لو اعلانه بها .

٢٤١ - وعن قبول المدين للحالة :

يلاحظ أن هذا القبول باعتباره شرطا لتنفيذ الحالة في مواجهة الغير
يختلف تبعا لما اذا كان هذا الغير هو المدين أو شخص آخر . فإذا كان للغير
هو المدين فإن مجرد قبوله للحالة يكفي لسريتها ونفاذها في حقه .

أما اذا كان مقصود الغير هو كل شخص لم يكن طرفا في عقد الحالة غير
المدين فلا تنفذ الحالة في حقه الا بقبول المدين لها وان يكون هذا القبول ثابت
للتاريخ ونصت على ذلك المادة ٣٦٦ مدني كويتي سابقة الذكر .

ولا يشترط شكل خاص في قبول المدين للحالة ، فيمكن ان يكون القبول
مدونا على عقد الحالة او في محرر مستقل .

ولنسا على قبول المدين للحالة باعتباره شرطا لنفاذها ملاحظتان
نعتقد في أهميتهما :

الملاحظة الاولى :

كنّا نفصل لو ان المشرع المدني قد تكلم عن علم المدين بالحالة حتى
تكون نافذة في مواجهة الغير وان العلم يتحقق بقبول المدين لها لضافة الى اعلانه
بها بطبيعة الحال . وذلك بدلا من استخدام لفظ « قبول » لان هذا اللفظ
قد يثير في الاذهان (١٢) أن ثمة دورا لهذا المدين في عقد الحالة ذاته وهذا
غير صحيح على ما ذكرنا . لذن دوره سلبي بحت ..

الملاحظة الثانية :

نود أن ننبه من خلالها الى ان قبول المدين للحالة يجب ان يفهم في
حدود مقصوده ولا يحمل بالكثير مما يعنى . فقبول مثل هذا لا يعنى أكثر من
أنه مجرد اعتراف من المدين بوقوع حالة حق الدائن قبيله الى شخص آخر .
وعلى ذلك فليس لهذا القبول دلالة ومعنى في اعتراف المدين بالمدين .
وبمباراة أخرى ، أن قبول المدين للحالة طريق يتحقق باقتضاء علمه بها
ولا يعنى اعترافه بالمدين .

(١٢) ونص المادة ٣٦٦ مدني كويتي كالاتي : « لا تكون الحالة نافذة »

الا اذا قبلها المدين أو أعلنت له ، على أن نفاذها بقبول المدين ، والنص
مطابق للمادة ٣٠٥ مدني مصري .

٢٤٢ - اعلان الدين بالحوالة :

يكون اعلان الدين بالحوالة باى ورقة رسمية مثل ورقة للتكليف بالخصور ، يتم اعلانها بطلب المحيل او المحال له (١٣) ، وعلى ذلك فلا يجوز الاعلان بخطاب موصى عليه ولو في المسائل التجارية (١٤) .

٢٤٣ - ويجدر التنويه الى ان المشرع قد يتشدد في شروط نفاذ الحوالة في حق الغير فلا يجعل مناطه مجرد قبول الدين او اعلانه بها بل يستوجب اضافة الى ذلك اجراء آخر . مثال ذلك لو كان للحق المحال به مضمونا برهن ، فان حوالة هذا التامين لا تنفذ في حق الغير الا اذا تم للتأشير بها على هامش القيد الاصلى للرهن . وقد نصت على هذا الحكم المادة ٩٣٣ مدنى كويتى في فقرتها الثانية وتقضى بانها لا يصح التمسك قبل للغير بتحويل حق مضمون برهن مقيد الا اذا حصل للتأشير بذلك في هامش القيد الاصلى وهو الحكم الذى نصت عليه ايضا المادة ١٠٥٣ من القانون المدنى المصرى في فقرتها الثانية .

وبود ان نشير اضافة الى ما تقدم ايضا ان هناك حالات لم يستوجب المشرع قبول الدين او اعلانه بحوالة حق الدائن قبله الى شخص آخر حتى تكون هذه الحوالة نافذة في حق الغير . ويظهر ذلك في محيط الاوراق التجارية مثل الكمبيالة . اذ يمكن تحويلها بمجرد للتظهير . ليس هذا فحسب بل يمكن ان ينتقل ملكية الحق الثابت فيها بمجرد التسليم اذا كانت لحاملها .

٢٤٤ - العلم الفعلى لا يغنى عن القبول او الاعلان :

راينا ان حوالة الحق لا تكون نافذة في حق الغير الا بقبول الدين لها او اعلانه بها . وعلّة ذلك كما ذكرنا ان المنطق يقضى بان يكون الدين على علم بالحوال له الذى حل محل الدائن .

اما وقد حدد المشرع طريقتين للعلم مما القبول والاعلان ، فاننا نقسّم على قيمة العلم الفعلى ؟

MAZEAUD : op. cit. m. 1260, p. 1142. (١٣)

MARTY et RAYNAUD : op. cit. m. 809, p. 812. (١٤)

MAZEAUD : op. cit.

فلماذا علم المدين بالحالة فعلا دون قبوله لها أو اعلائته بها هل تتفقد في حق الغير على المبنى المتقدم لذلك ؟ في تقديرى ، ان العلم للفطن لا يقوم مقام العلم عن طريق القبول والاعلان - ذلك ان عليها مثل هذا ، ومهما استطاع ذو الصلحة ان يثبت بل ولو اقر به المدين نفسه ، ليس كافيا لتنفيذ الحوالة في حق الغير .
اذ متى رسم القانون طريقا محدودا للعلم بتصرف معين فلا يجوز استظهار العلم الا بهذا الطريق (١٦) .

(١٦) لاسنورى ، التوسيط ، ج ٢ ، رقم ٣٨٨ - ص ٤٨١ .

البحث الثاني

آثار حوالة الحق

٢٤٥ - طائفتان من الآثار :

نفرق بشأن آثار حوالة الحق طائفتين لهذه الآثار :

الطائفة الاولى : ونقتول فيها آثار حوالة الحق بين طرفيها الحيل
والحال له .

الطائفة الثانية : ونبرز فيها آثار هذه الحوالة في المصلحة بين طرفيها
من جهة والغير من جهة اخرى .

ونبحث آثار حوالة الحق بين طرفيها اولا ، ثم نبحث آثارها بالنسبة
للغير ثانيا ، ونخصص لكل منهما مطلقا .

الطلب الأول

آثار حوالة الحق بين طرفيها

٢٤٦ - اولا - انتقال الحق :

يمثل الاثر الجوهري لحوالة الحق ، في انتقال الحق الحال به من الحيل
الى الحال له . والحق ينتقل على هذا النحو بما يلازمه من صفات
وما يلحقه من تولى وما يضمه من تامينات . مكفلة كان تعيين المادة ٣٨
مدنى كويتى الحق الذى ينتقل كآثار لحوالة . وبهذا الحكم تختلف عن النص

التقابل من القانون المدني المصري . إذ نصت المادة ٣٠٧ منه على أن حوالة الحق تشمل ضماناته مثل للكفالة والرهن والامتياز كما تشمل ما حل من فوائد وأقساط . والاختلاف للجورهي بين النصين يتمثل في جانب منه في أن النص الكويتي قد استبعد شمول الحوالة لما أسماه النص المصري « فوائد » وذلك جريا على أحكام للشريعة الإسلامية في تحريم الفوائد الربوية . هذه الأحكام التي يعد النص المصري مخالفا لها بكل تأكيد . أما للجانب الآخر للاختلاف الجورهي بين النصين فيبرز إذا أدركنا اغفال النص الكويتي لشمول حوالة الحق للاقساط . وجاء في تبيريد المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي أن ذلك بأن القواعد العامة تقتضي شمول حوالة الحق للاقساط دون حجة إلى نص خاص عليه (١٦) وتعتبرنا أن هذه الاقساط تعد جزءا من أصل الحق .

وحق الدائن (المجل) ينتقل بصفاته إلى المجل . فإذا كان تجاريا أو مدنيا انتقل كذلك .

وإذا كان حق الدائن مضمونا برهن أو كفالة أو امتياز انتقل لضمان مع الحق على أثر حوالته (١٨) .

٢٤٧ - ثانيا : التزام المجل بضمان وجود الحق :

إذا كانت الحوالة بموض ، للزم المجل بضمان وجود وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك . أما إذا كانت الحوالة بخير عوض فلا يكون المجل ضامنا حتى لوجود الحق (مادة ٢٧١ مدني كويتي - مادة ٣٠٨ مدني مصري) وهو الحكم الذي نصت عليه أيضا المبدأ ١٦٩٢ مدني فرنسي (١٩) . وبناء على ذلك يضمن المجل إذا لم يوجد الحق وقت الحوالة لو كان موجودا وانقضى لأي سبب وقت الحوالة . ولا يضمن إذا وجد الحق وقت الحوالة وانقضى فيما بعد لأي سبب مثل للتسليم . لا يضمن المجل أيضا - إذا كانت الحوالة بخير عوض - حتى وجود الحق

(١٦) للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ١٩١ .

(١٧) راجع في اللغة الفرنسي : SAVATIER : op. cit., n. 267, p. 327

(١٨) وهو حكم المادة ١٦٩٢ مدني فرنسي . راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 811, p. 821.

(١٩) راجع MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 814 p. 815.

وبلاحظ أن بعضاً من أحكام الضمان السابقة لا يتعلّق بالنظام العام إذ يمكن الاتفاق على مخالفة حكمها أما بالتشديد أو بالتخفيف وفي مجال تشديد الضمان يمكن الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين . وفي هذا تقول المادة ٣٧٢ من القانون المدني الكويتي « إذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك (راجع مادة ٣٠٩ حتى مصرى) »

ومفهوم هذا النص في تفسيرنا يذهب باستعمال (إذا) الشرطية في صدره إلى أن ضمان المحيل ليسار المدين يتقرر بالاتفاق عليه وليس مصدره هذا للنص لأن أداة للشرط في صدر النص يعني أن الأمر متروك لإرادة للطرفين في حوالة الحق . وفي حالة الاتفاق على هذا النوع من الضمان ، فإن ضمان المحيل ليسار المدين يجب ألا يتجاوز وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك . وكان النص - وقد أجاز الاتفاق على أن يضمن المحيل يسار المدين - حدد هذا الضمان في مداه من حيث المبدأ وحصره في وقت الحوالة . وإذا أراده الطرفان مدى أكثر بعداً لهذا الضمان تعيّن تحجّجه في الاتفاق المنشئ. لهذا النوع من الضمان . وفي الحقيقة ، أن ما دفعنا إلى تفسير النص للكويتي المذكور على الوجه المتقدم ، ما قد تثيره عبارة « ما لم يتفق على غير ذلك » التي جاءت في عجز للنص من أن ضمان المحيل ليسار المدين قد تقرّر بهذا النص ويمكن الاتفاق على مخالفته(٢٠) .

وفي مجال الاتفاق على تشديد أحكام الضمان بصفة عامة ذهب رأى في الفقه المصري إلى القول بأن من صور ذلك الاتفاق على أن المحيل يضمن وجود الحق وقت الحوالة إذا كانت بغير عوض(٢١) . ويمكن أن نشير في

(٢٠) ونرى في صياغة النص المصري الوضوح أكثر إذ قال في المادة ٣٠٩ من القانون المدني :

« ١ - لا يضمن المحيل يسار المدين إلا إذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان .

٢ - إذا ضمن المحيل يسار المدين فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى اليسار وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك . »

ونعتقد أن هذه الصياغة لها من الوضوح ما يجنبها اللبس الذي يمكن أن يثيره النص الكويتي .

(٢١) راجع ، محمد إبيد شغب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٧ ، ص ٣٦٦ .

هذا للصدق الى ان جواز الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان لانها لا تتعلق بالنظام العام هو امر يوجب فيه الى الفصوص المتضمنة لأحكام الضمان ومعرفة ما اذا كان المشرع قد اجاز الاتفاق على ما يخالفها ام لا . ولذا رجعنا الى النص في القانون المدني الكويتي (مادة ٢٧١) والنص المصري المقابل (مادة ٣٠٨) وهما متماثلان في الحكم تملما لوجعنا المشرع في البلدين يجيز في الفقرة الاولى من النصين الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان الواردة في هذه الفقرة فقط . وتخص ضمان المحيل لوجود الحق وقت الحوالة اذا كانت للحوالة بعوض . اذ قال بعد ان اورد أحكام هذا الضمان على هذا النحو « ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك » اما للضمان في الحوالة للتبرعية بغير عوض فقد تكلم عنه المشرع في البلدين في للفقرة الثانية من النصين المذكورين قولا بعدم ضمان المحيل حتى لوجود الحق . دون ان يتبع ذلك بعبارة « ما لم يوجد اتفاق بغير ذلك » ، و خلاصة ذلك كله ان جواز الاتفاق على مخالفة أحكام الضمان وقرره مشرع البلدين في الفقرة الاولى من النصين هو امر يقتصر على أحكام للضمان الواردة في هذه الفقرة فقط ولا يتعداه الى حكم الضمان للورد في الفقرة الثانية من للنصين بخصوص الحوالة للتبرعية والذي لا يجوز الاتفاق على حكم يخالفه . وبعبارة أخرى فان القاعدة الخاصة بضمان المحيل لوجود الحق وقت الحوالة اذا كانت للحوالة بعوض هي قاعدة مكملة . أما القاعدة الخاصة بعدم ضمان المحيل حتى لوجود الحق اذا كانت للحوالة بغير عوض فهي قاعدة أمرة .

أما بالنسبة للاتفاق على تخفيف أحكام الضمان فمن صورة الاتفاق على ان المحيل لا يضمن وجود الحق المحال به وقت الحوالة اذا كانت هذه الحوالة بعوض .

٢٤٨ - ثالثا : ضمان المحيل لفطه للشخصي :

يضمن المحيل للمحال له اضافة الى ما تقدم فطه الشخصي . وفي هذا تنص المادة ٣٧٤ مدني كويتي على ما يأتي : « يكون المحيل مسئولا عن تعويض المحال له عما يلحقه من ضرر يسبب أفعاله للشخصية ولو كانت الحوالة بغير عوض » ، ويتضح من النص ان محوى للتزلم المحيل بضمان فطه الشخصي ايضا يقتضي في وجوب الامتناع عن أى عمل يضر بالمحال له كما لو أدى عمله هذا الى منع المحال له او تعويقه عن الحصول على الحق من المحال عليه . ويتحقق ذلك لو لجأ المحيل الى مطالبة المحال عليه بعد لبرام الحوالة .

وبلاحظ أن ضمان المحيل لفعله الشخصي يقوم سواء كانت الحوالة
بعموض أو بغير عموض *

إضافة الى ذلك ، فإن هذا لضمان يقوم ولو لشرط المحيل في الحوالة
عدم ضمان فعله الشخصي * فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ٣٧٤ من
كويتي على بطلان مثل هذا للشرط * وفي القانون المدني المصري وردت احكام
ضمان المحيل لفعله الشخصي في المادة ٣١١ وتتفق مع النص الكويتي *

٢٤٩ - رابعا : جزاء لخلال المحيل بالتزامه بالضمان :

إذا اخل المحيل باحكام الضمان التي ذكرناها في البند ثانيا بخصوص
ضمان وجود الحق وضمان يسار المدين ورجع الحال له عليه فإن المحيل
لا يلتزم * الا برد ما أخذه من الحال له مع المصروفات ولو وجد اتفاق
يقضى برفع اكثر من ذلك * * هكذا نصت المادة ٣٧٣/١ مني كويتي *

وتجدر- الاشارة الى ان هذا النص الكويتي يفترقه الاولى هذه انها
يختلف عن النص المصري المقابل من القانون المدني بخصوص الحالة التي نحن
بصددنا حيث يخل المحيل بضمان وجود الحق او ضمان يسار المدين *

اذ قال المشرع المصري في المادة ٣١٠ بأن المحيل لا يلتزم * الا برد ما
استولى عليه من الفوائد والمصروفات ولو وجد اتفاق يقضى بغير ذلك * ،
والعنى للواضح للنص المصري يلزم المحيل برد ما أخذه إضافة الى الفوائد
والمصروفات * ويختلف بذلك عن النص الكويتي الذي لم يضمن النص للتعلم
المحيل برد الفوائد جريا على احكام الفقه الاسلامي الذي يحرم ذلك *

وفي اخلال المحيل بضمان وجود الحق أضف نص المادة ٣٧٣ في
فترته الثانية حكما لم ينص عليه المشرع المصري ويخص علم المحيل بعدم
وجود الحق بئمة المدين * حيث أوجب النص على هذا المحيل تعويض
الحال له حسن الفدية عما أصابه من ضرر من جراء ذلك * إضافة الى ما يلتزم به
هذا المحيل وفقا لأحكام الفقرة الأولى من هذا النص *

المطلب الثاني

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير

٢٥٠ - رأينا ان حوالة الحق تكون نافذة بين طرفيها بمجرد انعقادها وفي هذا الاطار تترتب آثارها بينهما . أما بالنسبة للغير فحوالة الحق لا تكون نافذة الا اذا علم بها المدين والطم يتحقق اما بقبوله لها او اعلانه بها من المحيل او المحال له . وفي هذا الاطار يكون بحث آثارها بالنسبة للغير فنتكلم أولا عن آثار هذه الحوالة بالنسبة للغير قبل نفاذها اي في الفترة ما بين انعقادها من جهة وعلم المدين بها بالقبول او الاعلان من جهة أخرى . ثم نتكلم عن آثارها بالنسبة للغير ايضا لكن بعد نفاذها .

ونتناول ذلك في فرعين على التوالي :

الفرع الأول

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير قبل نفاذها

٢٥١ - ذكرنا ان حوالة الحق لا تكون نافذة في مواجهة الغير الا اذا علم بها المدين . والطم بها طريق من اثنين اما قبول المدين لها أو قيام المحيل او المحال له باعلانه بها . فاذا لم يتم ذلك لا يترتب على حوالة الحق أي اثر بين المحيل والمحال له من جهة والغير من جهة أخرى . ومعنى ذلك عدة نتائج هامة يجب ان نبرزها :

١ - يظل المحيل هو صاحب الحق المحال به اذن هو الدائن ومن ثم لا يعتبر المحال له دائنا في مواجهة للغير .

وعلى ذلك فانه يمكن للمحيل أن يطالب المدين بالوفاء ، وإذا عرضة الأخير يستطيع الأول أن يقبله . وتبرأ ذمة المدين بهذا اللغاء .

٢ - لفائدة للم ذلك ، ولما كان المحيل والحالة هذه - المدين لم يقبل الحوالة ولم تكن آليه - هو صاحب الحق المحال به في مواجهة الغير فليس من شك في أنه يستطيع ان يتصرف في الحق المحال به كما لو قام بحوالته . إلى شخص آخر (محال له ثان) .

٣ - وترتيباً على ما تقدم ، فإن الحق المحال به يظل بالنسبة لدائني المحيل في ذمة الأخير ويجوز لهم الحجز عليه بخلاف دائني المحال له فلا يجوز لهم توقيع مثل هذا الحجز لأنه لم يصبح دائناً ، إذ للحق المحال به ما زال في ذمة المحيل . واستثنى على ذلك نص المادة ٣٦٧ مدني كويتي . (٣٠٦ مدني مصري) على ما يأتي : « يجوز للدائن المحال له ، ولو قبل نفاذ الحوالة في حق الدين والغير ، أن يتخذ من الإجراءات ما يحافظ به على الحق المحال به » ، كما لو أقدم على تجسيد قيد رهن يضمن الدين .

٤ - يستطيع الدين أن يمتنع عن اللجوء للمحال له ولو كان يطم فعلاً بالحوالة فالمحال له لا يمد دائناً بالنسبة للغير على نحو ما ذكرنا . والمسلم به أن الدين من الغير لأنه ليس طرفاً في حوالة الحق .

الفرع الثاني

آثار حوالة الحق بالنسبة للغير بعد نفاذها

٢٥٢ - بقبول الدين للحوالة أو اعلائه بها ، تكون نافذة في حق الغير ويترتب على ذلك الآثار الآتية :

١ - يكون المحال له دائناً ومن ثم تزول عن المحيل صفة الدائن .

٢ - يكون المحال له باعتباره دائناً أن يستوفى الحق المحال به كما يكون له أن يتصرف فيه .

٣ - يكون لدائني المحال له - دون دائني المحيل - حق الحجز على الحق المحال به .

٤ - يلتزم المحال عليه بالوفاء للمحال له .

٥ - يكون للمحال عليه أن يتمسك في مواجهة المحال له بكل الدفع ، التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة المحيل وقت نفاذ الحوالة في حقه . كما يجوز له أن يحتج بالدفع للدفع الخاصة به في مواجهة المحيل (مادة ٣٧٠ مدني كويتي) .

ويعني هذا النص في المقام الأول ، أن كل دفع كان للدين المحال عليه أن يتمسك به - وقت نفاذ الحوالة في حقه - في مواجهة المحيل كان له أن يحتج به في مواجهة المحال له . فوقت نفاذ الحوالة في حق الدين مسو المعيار في بيان الدفع التي يجوز للأخير أن يتمسك بها قبل المحال له . فكل

دفع كان يحق للمدين أن يتمسك به قبل هذا الوقت يكون في وسعه أن يدفع به ضد الحال له كالضخ بالبطان أو بيع من عيوب الأرض أو بسبب انتفاء الالتزام . ويكفي في هذا الصدد أن يكون سبب الدفع قد نشأ قبل نفاذ الحوالة حق المدين حتى لو ترتب حكمه بعد ذلك (٢٢) .

إضافة إلى ذلك ، وبصراحة النص ، يجوز للمدين أن يتمسك بالدفع الخاصة به كالمقاصة بينه وبين الحال له .

وعن أثر قبول المدين للحوالة على ما يتمسك به من دفع ، فليس من شأن هذا القبول أن يفترض نزول المدين عن حقه في التمسك بدفع كان له ضد الحال له .

٢٥٣ - التزام في حوالة الحق وصوره :

وفي مجال آثار الحوالة بالنسبة للغير ، قد يحدث التزام بين أكثر من محال له وقد يحدث للترزام بين محال له ودائن حلج .

- التزام بين الغير الحال لهم :

قد يحدث أن يقوم الدائن ، وقبل نفاذ الحوالة بقبول المدين أو اعلانه ، بتحويل ذات الحق إلى شخص آخر يعلن بها المدين فوراً أو يسمى للحصول على قبوله بسرعة . القاعدة في هذه الحالة نصت عليها المادة ٣٧٥ منى كويتى (مادة ٣١٢ منى مصرى) ومؤداهما أنه إذا تمحدث الحوالة بحق واحد تحدث الحوالة للتي تكون أسبق في نفاذها في حق الغير . وتبعاً للحالة المذكورة تقدم الحوالة الثانية .

- التزام بين محال له ودائن حلج :

وقد يحدث أن يقوم دائن للمحل بتوقيع الحجز على حقه لدى المدين الحال عليه . وفي هذه الحالة تفرق بين فروض ثلاثة :

الفرض الأول :

وفيه تسبق الحوالة الحجز من حيث نفاذها في حق الغير . ويفضل الحال له ويختص بكل الحق . لأن الحجز وقد جاء بعد نفاذ الحوالة

(٢٢) عبد الحميد فرج الصده ، المرجع السابق ، ج ٢ ، رقم ٩٠٥ ، ص ٦٨ .

وانتقال الحق المحال به من المحيل الى المحال له يكون قد ورد على حق غير مملوك للمحوز عليه .

الفرض الثاني :

ان يكون الحجز سابقا على نفاذ الحوالة في حق الغير . وفيه يكون المحال له بمثابة حازئ ثلث . وينقسم مع الحازئ الأول للدين قسمة غراما . (مادة ٣٧٦ / ١ مدني كويتي - مادة ٣١٤ / ١ مدني مصري) .

الفرض الثالث :

ان تتم الحوالة بين حزينين . وذلك بأن يوقع دائن للحجز على حق المحيل لدى المحال عليه قبل نفاذ الحوالة في حق الغير . وبمقد نفاذا ما يقوم دائن آخر بتوقيع حيز ثلث لدى المحال عليه .

في هذا الفرض ينقسم الدين قسمة غراما بين الثلاثة : الحازئ المتقدم والمحال له والحازئ المتأخر على أن يؤخذ من حق الحازئ المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال (مادة ٣٧٦ / ٢ مدني كويتي - مادة ٣١٤ / ٢ مدني مصري) .

مثال تطبيقي :

لو افترضنا ان دائنا له في ذمة الدين ١٢٠٠٠ ريال . قام بتحويلها كلها الى شخص آخر (محال له) وقبل نفاذ الحوالة وقع دائن المحيل حيزا على الحق المحال به تحت يد الدين المحال عليه بمبلغ ٦٠٠٠ ريال . وبعد نفاذ الحوالة حيز دائن آخر للمحيل تحت يد المحال عليه بمبلغ ٦٠٠٠ ريال . ينقسم الدين ابتداء قسمة غراما بين ثلاثة هم : الحازئ المتقدم والمحال له والحازئ المتأخر . ونتيجة القسمة : حصول الحازئ المتقدم على ٣٠٠٠ ريال والحازئ المتأخر على ٣٠٠٠ ريال والمحال له على ٦٠٠٠ ريال . ثم يؤخذ من نصيب الحازئ المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال . وتكون النتيجة النهائية حصول المحال له على ٩٠٠٠ ريال والحازئ المتقدم على ٣٠٠٠ ريال ولا يحصل الحازئ المتأخر على شيء .

اضافة الى ذلك ، يمكننا ان نفترض - في حدود المثال السابق - ان الحوالة كانت بمبلغ ٦٠٠٠ ريال فقط . ينقسم الدين ابتداء قسمة غراما بين الثلاثة ويحصل كل منهم على ٤٠٠٠ ريال ثم يؤخذ من نصيب الحازئ المتأخر ما يستكمل به المحال له الحق المحال . وتكون النتيجة حصول المحال له على حقه كاملا وهو ٦٠٠٠ ريال وحصول الحازئ المتقدم على ٤٠٠٠ ريال ولا يبقى للحازئ المتأخر سوى ٢٠٠٠ ريال .

٢٥٤ - حوالة الحق في الشروع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في العمليات المالية :

اولا : في جواز حوالة الحق وانتمادها نصت المادة ٢٩٠ من الشروع على ما يأتى : « يجوز للدائن ان يحول حقه لى شخص آخر ، الا اذا حال دون ذلك نص في القانون أو اتفاق المتماثيين أو طبيعة الالتزام ونتم الحوالة دون حاجة الى رضا الدين » .

وهذه المادة تطبق المادة ٣٠٣ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٦٤ من القانون المدني الكويتي .

وفي شروط هذه الحوالة أيضا نصت المادة ٢٩١ من المشروع على انه « لا تجوز حوالة الحق الا بقدر ما يكون منه قابلا للحجز » ، وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٤ من القانون المدني المصري الحالي ، مع استبدال لفظ « بقدر » بلفظ « بمقدار » ، والمادة المقترحة من المشروع تطابق أيضا المادة ٣٦٥ من القانون المدني الكويتي .

ثانيا : وعن نفاذ حوالة الحق نصت المادة ٢٩٢ من المشروع على ما يأتى : « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدين أو في حق الغير الا اذا قبلها الدين أو أعلن بها » . على أن نفاذها في حق الغير يقبل الدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت للتاريخ » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٥ من القانون المدني المصري الحالي مع استبدال عبارة « في حق » بلفظ « قبل » ، ولورد في النص للحالي . كما تطابق هذه المادة المقترحة من المشروع المادة ٣٦٦ من القانون المدني الكويتي .

ثالثا : وفي آثار الحوالة بالنسبة للغير ، نصت المادة ٢٩٣ من المشروع على انه « يجوز قبل اعلان الحوالة أو قبولها أن يتخذ الدائن المحال له من الاجراءات ما يحافظ به على الحق الذي تنتقل اليه » ، والمادة تطابق المادة ٣٠٦ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٦٧ من القانون المدني الكويتي .

رابعا : وعن آثار حوالة للحق بين طرفيها ، نصت المادة ٢٩٤ من المشروع على ما يأتى : « ينتقل الحق الى المحال له بصفاته وتوابعه وضمائنه » وتتبع الحوالة شاملة لما حل من أقساط ، والمادة تطابق المادة ٣٠٧ من القانون المدني المصري الحالي ، مع ملاحظة أن لفظ

• فوائده ، الولد بها قد حذف من المادة المقترحة للمشروع • كما تطابق هذه المادة المقترحة المادة ٣٦٨ من القانون المدني الكويتي •

ونصت المادة ٢٩٥ من المشروع على انه « يجب على المحيل ان يسلم الى المحال له سند الحق المحال به ، وان يقدم له وسائط ثبات هذا الحق ، وما هو ضروري من بيانات لتمكينه من استيفاء حقه » • والنص مستحدث ولا نظير له في القانون المدني المصري الحالي • ولكنه يطابق نص المادة ٣٦٩ من القانون المدني الكويتي •

خامسا : اما المادة ٢٩٦ من المشروع فتعالج آثار حوالة الحق بالنسبة للغير بعد نفاذها ونصها كالآتي : « للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له ، وقت نفاذ الحوالة في حقه ، أن يتمسك بها قبل المحيل ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفع المستمدة من عقد الحوالة » • وهذه المادة تطابق المادة ٣١٢ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق في الحكم المادة ٣٧٠ من القانون المدني الكويتي •

وتولج المادة ٢٩٧ من المشروع اثرا من آثار حوالة الحق بين طرفيها ويتعلق بالتزام المحيل بضمان وجود الحق الحال به وقت الحوالة • والمادة يجري نصها على النحو التالي :

١ - اذا كانت الحوالة بموض فلا يضمن المحيل الا وجود الحق الحال به وقت الحوالة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك •

٢ - اما اذا كانت الحوالة بغير عوض ، فلا يكون المحيل ضامنا حتى لوجود الحق ، •

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٨ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٣٧١ من القانون المدني الكويتي •

سادسا : وتقرر المادة ٢٩٨ من المشروع ما اطلقنا عليه من قبل وسيلة من وسائل تشديد الالتزام المحيل بالضمان وتتنص على ما يأتي :

١ - لا يضمن المحيل بضمانه الا اذا وجد اتفاق خاص على هذا الضمان •

٢ - وإذا ضمن المحيل يصار المحيلين ، فلا ينصرف هذا الضمان الا الى اليسار وقت الحوالة ما لم يتحقق على غير ذلك ، *

وهذه المادة تطابق المادة ٣٠٩ من القانون المدني المصري الحالي .
كما تطابق في الحكم المادة ٣٧٢ من القانون المدني الكويتي . ونذكر هنا بمقارنة جنتا بها من قبل بين ذلك النص من القانون المدني المصري الحالي وهذا النص الكويتي من حيث الصياغة * ونفسلتا من خلالها صيغة للنص المصري . ونصل من ذلك ايضا الى تفضيل نص المادة المقترحة من المشروع سالف الذكر *

وعما تتولفاه من قبل جزء لاخلال المحيل بالتزامه بالضمان ، نصت المادة ٢٩٩ من المشروع على أنه « اذا رجع الحال له بالضمان على المحيل طبقا للمادتين السابقتين ، فلا يلزم المحيل الا ببرد ما اخذه من الحال له مع المبروفات ، ولو وجد اتفاق يقضي بغير ذلك » *

وهذه المادة تقابل المادة ٢١٠ من القانون المدني المصري الحالي . مع ملاحظة ان نص المشروع قد استبدل عبارة « ما اخذه » بعبارة « ما استولى عليه » ، كما حذف من نص المشروع لفظ « الفوائد » * وهذه المادة المقترحة من المشروع ، تطابق ايضا الفقرة الاولى من المادة ٣٧٣ من القانون المدني الكويتي .

سابقا : وتولج المادة ٣٠٠ من المشروع ايضا اثرا من آثار حوالة الحق بين طرفيها ويخص التزام المحيل بضمان فطه للشخصي والمادة نصها كالآتي : « يكون المحيل مسئولاً عن افعاله الشخصية ، ولو كانت الحوالة بغير عوض ، وحتى لو اشترط عدم الضمان » *

وهذه المادة تطابق المادة ٣١١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق في حكمها المادة ٣٧٤ من القانون المدني الكويتي .

ثامنا : وتقرر المادة ٣٠١ من المشروع الحكم في حالة التزام بين الغير الحال له في حالة التمسك * ونصها كالآتي :

« اذا تمسحت الحوالة بحق واحد فضلت الحوالة التي تصبح قبل غيرهما نافذة في حق الغير » *

وهذه المادة تطابق المادة ٣١٢ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق ايضا المادة ٣٧٥ من القانون المدني الكويتي .

أما المادة ٣٠٢ من المشروع فتقول به حالة أخرى من حالات التزلم هي حالة التزلم بين محال له ودائن حلج والمادة نصها كما يأتي :

د ١ - إذا وقع تحت يد المحال عليه حجز قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الغير ، كانت الحوالة بالنسبة للمحجز بمثابة حجز آخر .

٢ - وفي هذه الحالة إذا وقع حجز آخر بعد أن أصبحت الحوالة نافذة في حق الغير ، فإن الدين يقسم بين المحجز المتقدم والمحال له والمحجز المتأخر قسمة غرماء ، على أن يؤخذ من حصة المحجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة للحوالة .

وعنه المادة تطبق المادة ٣١٤ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٣٧٦ من القانون المدني الكويتي . وقدمنا تطبيقات التزلم فيما سبق .

البحث الثالث

حوالة الحق في الفقه الاسلامي

٢٥٥ - الحوالة تطبيق لنصوص آمرة في الشريعة وليست اجتهدا فتها :

ذهب للبعض الى القول بأن الشريعة الاسلامية لم تعرف من الحوالة سوى حوالة الدين دون حوالة للحق^(٢٣) وفي الرد على ذلك ، يقول العلامة السنهوري أنه ليس صحيحا أن لفقه الاسلامي عرف حوالة للدين ولم يعرف حوالة للحق والا كان هذا بدءا في تطور للقانون^(٢٤) .

وفي الحق ، فإن أحكام الحوالة في الفقه الاسلامي ليست اجتهدا فتها بقدر ما هي تطبيق لنصوص أمرة في الشريعة الاسلامية . مثل قول الرسول عليه الصلاة والسلام ، « مثل الغني ظلم ولذا أتي بحكم على ملي » ، فليتبع ، ومن هنا نقول ان الشريعة الاسلامية قد عرف فيها حوالة الدين وحوالة الحق . ونعرض لحوالة الحق في الفقه الاسلامي في اطار بيع الدين ومبته .

٢٥٦ - حوالة الحق في اطار بيع الدين ومبته عند المالكية :

في هذا الاطار ، فالفقه المالكي قد اجاز بيع الدين ومبته . جاء في قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي المالكي « في بيع الدين ، فمن كان له

(٢٣) راجع : حسن لفتون ، أحكام الانزلام في القانون المدني العراقي ، ص ٢٠٧ راجع ايضا : صبحي محصاني ، النظرية العامة للموجبات والامتداد في الشريعة الاسلامية ، مشار اليه من قبل ، ص ٥٦٦ وما بعدها .

(٢٤) السنهوري ، الوسيط ، الجزء الثالث ، مشار اليه من قبل ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢١ - ٤٢٢ ويجدر بنا هنا وللتصنيف أن نبرز رأيا ذهب الى القول بأن المصلحة السنهوري قد انكر معرفة الفقه الاسلامي لحوالة الحق راجع : ملخص أمعة د . عيسى عبيده عن دراسة المنقذ لحوالة فاهت باعدلها موسوعة الفقه الاسلامي بالكويت ونشرت عام ١٣٩٠ هـ . والملخص منشور في مجلة يضم مجموعة البحوث المتقدمة للمؤتمر الاسلامي الذي عقد في جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض سنة ١٣٩٦ هـ . ونشرت للجامعة المجلة سنة ١٤٠١ هـ : ص ١٩٩ وما بعدها . ولا ندرى من اين أتى صاحب هذا الرأي بذلك : فالعلامة يقول غير ذلك بيقين . ولم ينكر معرفة الفقه الاسلامي لنوعي الحوالة . ليس هذا غصب بل أن هذا الرأي قد ذهب - على غير حق ودون أسس - الى أن السنهوري قد ذهب الى أن الشريعة لم تعرف الحوالة مطلقا لا في الحق ولا في الدين .

دين على آخر فلا يجوز أن يبيعه الا بشرطين : أحدهما أن يقبض ما يبيعه به من غير تأخير لئلا يكون بيع دين بدين . الثاني أن يكون ما يأخذ في الدين مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال الذي أسلمه الى الدين « (٢٦) » .

وجاء فيه أيضا « وتجوز هبة الدين خلافا للشافعي » (٢٧) .

وما نود أن ننبه اليه هنا ، أن بيع الدين لدى المالكية الذي يتضمن ما نسميه في القانون حوالة حق ، هو بيع للدين من غير الدين . وهو حوالة حق عن طريق الماوضة (٢٨) . وهبة للدين أيضا وهي حوالة حق عن طريق التبرع ، يلاحظ فيها أنها هبة دين من غير الدين .

٢٥٧ - أما المذاهب الأخرى فلا يجوز فيها بيع الدين الا ممن عليه الدين (٢٩) . فالأصل عند الأحناف أن تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل سواء كان التمليك بموض (بيع الدين) أو بغير عوض (هبة الدين) (٣٠) . وعند الحنابلة ، نجد المادة ٢٩٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل تنص على أنه « لا يصح بيع الدين بالدين مطلقا سواء كانا حالين أو مؤجلين أو مختلفين » .

وتنص المادة ٢٩٣ من نفس المجلة على أنه « لا يصح بيع الدين بغير من هو عليه » . ويصح بيعه للمدين بثمن حال مقبوض في المجلس

(٢٥) توليت الأحكام الشرعية ومسائل الفروع للفقهاء لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٨١ .

(٢٦) توليت الأحكام الشرعية ومسائل الفروع للفقهاء لابن جزى ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٨ .

(٢٧) راجع ، للسهروري ، الوسيط ، ج ٣ ، حاشي (٢) ص ٤٢٥ . ويرى في بيع الدين من غير الدين وفاء مع الطول أو فناء للدين بمقابل صاغر من غير الدين .

ويقول ابن جزى في موقع آخر (ص ٢١٧) : « لا يجوز بيع الدين بالدين مثل أن يبيع ديننا له على رجل من رجل آخر بالتأخير » .
ويقسم ابن جزى للحوالة الى ثلاثة قطع وحالة ائنة . راجع ص ٢٥٥ من توليت الأحكام الشرعية .

(٢٨) للسهروري ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢٤ - ٤٢٦ .

(٢٩) الإشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ، ص ١٤٤ . واستثناء على ذلك جواز الضحية للبائع أن يتصرف في الثمن قبل قبضه بالحوالة الى دائته (م ٢٥٢ من الأحكام الحولية - م ٤٢٤ من مرشد الحيران) وعليه فإن حوالة الحق هنا هي عبارة عن انتقال دين للدائن .

وعلى أية حال ، فقد جاء في كشف القناع ، وليست الحوالة بيعاً ، لأنها لو كانت بيعاً لكانت بيع دين بدين . وما جاز للفرق قبل القبض . لأنها بيع مال الربا بنفسه . ولجأزت بلفظ البيع ، وبين جنسين كالبيع كله . ولأن لفظها يشعر بالتحويل . وليست أيضاً في معنى البيع ، لعدم العين فيها ، بل الحوالة تنقل المال الحال به من ذمة المحيل إلى ذمة الحال عليه لما سبق من أنها مشتقة من التحويل أو التحويل وفيها شبه بالمفاوضة من حيث أنها دين بدين وشبه بالاستيفاء» (٢٠) .

وعند الشافعية ، قال السيوطي أنه « لا يصح بيع الدين بالدين تطمناً واستئناً منه الحوالة للحاجة وأما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال » (٢١) إلا أن الإمام الشافعي يقول في الأم « فالحوالة معقولة فيها أنها تحول حق على رجل إلى غيره » (٢٢) وهو ما ذكره صاحب المذهب من أنه « إذا أحال بالدين انتقل الحق إلى الحال عليه وبرت ذمة المحيل لأن الحوالة لما أن تكون تحويل حق أو بيع حق وإيهما كان تبرأ به ذمة المحيل » (٢٣) ولعل في القولين الآخرين ما يبرر للذهن تلمس حوالة الحق فيهما .

٢٥٨ - بعض تطبيقات حوالة الحق في الفقه الإسلامي :

ومهما يكن من أمر ما تقدم ، فلا أحد يستطيع أن يذكر بعض التطبيقات البارزة لحوالة الحق في الفقه الإسلامي بصفة عامة ونحاول أن نستظهرها . ومنها ما جاءت به مجلة الأحكام المحلية من أنه يجوز للبائع أن يتصرف بثمن المبيع قبل قبضه وذلك عن طريق الحوالة . وورد في المادة ٢٥٢ منها متطابقاً بذلك ، « مثلاً لو باع ماله من آخر بثمن معلوم له أن يحصل بثمنه دائنه » . وبخصوص الهبة ، نصت المادة ٨٤٨ من مجلة الأحكام المحلية على أن « من وهب دينه الذي هو في ذمة أحد آخر وأذن صراحة بالقبض ، بقوله أذهب فخذ ، فذهب الموصوب له وقبضه تتم للهبة » .

وبخصوص الهبة أيضاً ، أجاز المالكية هبة الدين على ما ذكرنا من قبل . وأجازوا أن يهب الإنسان ماله كله لأجنبي وبصفة تقتضي الإيجاب والقبول من قول أو فعل كلفظ الهدية والعطية . ومعنى ذلك أنه لو وهب شخص دينه الذي في ذمة أحد آخر صح (٢٤) .

(٢٠) كشف القناع عن متن الإقناع ، للمهوني ، مشار إليه من قبل ، الجزء

الثالث ، ص ٣٨٢ .

(٢١) الإنباء والنظائر ، للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٢٠ - وانظر أيضاً ص ٤٦١ .

(٢٢) الأم لأحكام الشافعي ، الجزء السابع ، للنشر مكتبة الكليات الأزهرية ، للطبعة

الأولى ١٣٨١هـ - ١٩٦١م ، ص ١١٨ .

(٢٣) المذهب للشمسري ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٢٤٥ .

(٢٤) راجع ، توانين الأحكام للشرعية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٩٧ - ٣٩٨ .

الفصل الثاني

حوالة الدين

CESSION DE DETTE

٢٥٩ - تصويف :

نصت المادة ٣٧٧/١ من القانون المدني الكويتي على ما يأتي :

« يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الأصلي الى ذمة المحال عليه » .

وحوالة الدين تبعا لذلك عبارة عن عقد يتمكن المدين بمقتضاه من نقل ديونه قبل دأئه الى شخص أجنبي يصير مدينا في مواجهة هذا الدائن بدلا من المدين الأصلي^(١) .

وهذا للتعريف لحوالة الدين هو ما اظهرته بوضوح المادة ٣١٥ من القانون المدني المصري اذ قالت : « تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين » .

وعلى ما تقدم ، فالأصل انعقاد هذه للحوالة بين المدين الأصلي والغير . صحيح ليس هناك ما يمنع من اتفاق الدائن والغير على حوالة الدين الا ان الصورة الاولى هي الغالبة^(٢) .

والمدين الأصلي يسمى	المحيل
اما الأجنبي فيسمى	المحال عليه
والدائن يسمى	المحال

(١) دلجج

LE BRUN (A.) : Cession de dette Encycl. Juridique., op. cit.,

SAVTIER : op. cit., n. 269, p. 330-331.

(٢) قانون : السنهوري ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٢٠٦ ، ص ٥٥٢ ، ويرى أن انعقاد

حوالة الدين يتم باتفاق الدائن والأجنبي وهذا هو الأصل -

٢٦٠ - تقسيم :

سوف نتناول دراستنا لحالة الدين ثلاث مسائل : انعقاد الحوالة ،
ثم نفاذها ونتبع ذلك ببيان آثارها • ثم نعرض لوقف الفقه الإسلامي من
حوالة الدين •

المبحث الأول : انعقاد حوالة الدين ونفاذها •

•

المبحث الثاني : آثار حوالة الدين •

المبحث الثالث : حوالة الدين في الفقه الإسلامي •

البحث الأول

انعقاد حوالة الدين ونفاذها

٢٦١ - أولا : انعقاد للحوالة :

تتم حوالة الدين في صورتها العادية باتفاق بين الدين والغير على أن يتحمل الأخير بالدين بدلا من الدين الأصلي . لكن ليس هناك ما يحول دون أن تتم الحوالة باتفاق للدائن والغير ولكن سوف نكتفي بدراسة للصورة العادية وهي الأولى :

وحوالة الدين على النحو المتقحم ، من العقود الرضائية . إذ يكفي لانعقادها تبادل التعبير عن لرايتين متطابقتين هما : إرادة الدين الأصلي (المحيل) والغير (المحال عليه) فلا يشترط رضا الدائن لانعقادها ، ولئن كان ضروريا لنفاذها(٢) . وقد تتم معلوضة أو على سبيل لتبرع .

وتخضع حوالة الدين - شأنها في ذلك شأن أي عقد - للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث وجوب تولف الرضا والمحل والسبب إضافة الى توافر الأهلية وسلامة الإرادة من العيوب .

وتجدر الإشارة الى أن تغيير الدين في حوالة الدين إنما هو أمر ينسم بخطورة أكثر لو نظرنا الى تغيير الدائن في حوالة الحق . بل إن الخطورة في الفرض الأخير لا تقارن بالفرض الأول . وليس من شك في أن ذلك يمكن أن يكون مسوغا لتقديم الصورة الأخرى لحوالة الدين وتتم باتفاق الدائن مع الدين الجديد(٣) . ولذا نصت المادة ٣٧٩ من القانون المدني الكويتي على أن الحوالة تصح باتفاق الدائن والمحال عليه ، ولكن إذا لم يقرها الدين الأصلي فلا يكون للمحال عليه حق في الرجوع عليه طبقا لأحكام حوالة الدين(٤) .

(٢) المندوبى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٣١٢ ، ص ٥٦٣ .

(٣) المندوبى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٣١٤ ، ص ٦٦٥ - ٥٦٦ . وراجع هذه للصورة أيضا ، نفس المرجع ، رقم ٣٢٢ ، ص ٥٧٨ وما بعدها .

(٥) ونصت المادة ١/٣٢١ منى مصرى على هذه للصورة لحوالة الدين .

٣٦٢ - نفيًا : نفاذ الحوالة :

إذا عقدت الحوالة بين المدين الأصلي والمحال عليه فأنها لا تكون نافذة في حق الدائن إلا إذا اقترعا • هذا ما نصت عليه المادة ١/٣٧٨ مدني كويتي (مادة ١/٣١٦ مدني مصري) •

وبلاحظ أن المشرع لم يشأ أن يترك أمر قبول الحوالة ومن ثم نفاذها لهوى الدائن • فقد أجاز للمدين الأصلي والمحال عليه القيام بإعلان الدائن بالحوالة ودعوته إلى لتزولها خلال أجل معقول يمين في الإعلان • فإذا انقضى الأجل دون أن يصدر هذا الاقرار من الدائن اعتبر سكوته رفضاً للحوالة • هكذا نصت المادة ٢/٣٧٨ مدني كويتي (مادة ٢/٣١٦ مدني مصري) (١) •

وليس لاقرار الدائن شكل خاص يجب أن يفرغ فيه • كما أنه ليس هناك - ما عدا الحالة السابقة - موعد محدد يجب أن يصدر فيه هذا الاقرار من الدائن •

(١) وبلاحظ أنه إذا انقضت حوالة الدين باتساق الدائن والمحال عليه ، كان لقرار الدين الأصلي للحوالة ضروري حتى يتمكن المحال عليه من الرجوع على هذا الدين الأصلي بما وفاء للدائن وذلك أساساً لحكم حوالة الدين • (مادة ٣٧٩ مدني كويتي) •

البحث الثاني

أثار حواله الدين

٢٦٣ - تقسيم :

متى أقر الدائن حوالة الدين التي عقدت باتفاق المدين الأصلي والمدين الجعيد (المحال عليه) كانت نافذة * وفي بحث أثارها نفرق بينها في علاقة :

- بين الدائن والمدين الجعيد (المحال عليه) *
- بين الدائن والمدين الأصلي (المحل) *
- بين المدين الأصلي (المحل) والمدين الجعيد (المحال عليه) *

٢٦٤ - أولا : أثار الحوالة في علاقة الدائن والمحال عليه :

يتمثل الأثر للجورمى لحوالة الدين في إطار هذه العلاقة ان المحال عليه وهو المدين الجعيد يحل محل المدين الأصلي في التزامه بالمدين تجاه الدائن *

وهو ما يعنى براءة ذمة هذا المدين الأصلي قبل الدائن هذا في المقام الاول ، وانتقال الدين الى المحال عليه في المقام الثانى *

وعن براءة ذمة المدين الأصلي تجاه الدائن فانها تكون من وقت إبرام عقد الحوالة وليس من تاريخ لقرار الدائن لها * وتبرأ ذمة المدين الأصلي دون حاجة الى ان يصرح الدائن بذلك * فالمعنى مستفاد من اقراره (٧) * وفي ذلك تنص المادة ٢٨٠ من القانون المذى للكويى على براءة ذمة المدين الأصلي من الدين اذا كان المحال له طرفا في عقد الحوالة او اقرها *

اما عن لنتقال الدين ، فانه ينتقل الى ذمة المحال عليه بصفاته وتوابعه وتأميناته (ملأه ١/٢٨١ مذى كويى - مادة ٣١٨ مذى مصرى) *

وعن الصفات ، فاذا كان الدين تجاريا ، او مطلقا على شرط او مضافا الى أجل لنتقل كذلك *

(٧) للمنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٢٦ ، ص ٥٨٥ .

وعن التأمينات ، فإن الدين المحال يلزمه في تحوله من الدين الأصلي
 إلى المحال عليه كافة التأمينات التي كانت تضمنه . وهذا الحكم يخص ما
 قدمه الدين الأصلي للدائن من تأمينات لمدينه . ومن ثم لا يشمل ما قدم
 للدائن من كفيل الدين الأصلي سواء كان كفيل شخصيا أو عينيا . وتفسير
 ذلك أنه لو كان الدين الأصلي قد قدم للدائن ضمانا لدين تأمينا عينيا -
 والتأمين للشخص غير مطروح في هذا الفرض - مثل الرهن انتقل هذا التأمين
 مع الدين لمصلحة الدائن . ثم لو كان هناك كفيل شخصي يضمن الدين على
 الدين الأصلي أو كفيل عيني قدم رهنا فلا يلزم على أي منهما تجاه الدائن
 إلا إذا كان قد رضى بالحالة (مادة ٢/٢٨١ مدني كويتي - مادة ٢/٢١٨
 مدني مصري) .

وكما هو واضح فإن لتأمينات التي تأتي من غير الدين الأصلى . مثل
 الكفالة للشخصية أو للعينية ، لا تلازم الدين في تحوله إلا إذا رضى بالحالة
 من قدم للتأمينات تلك .

أما عن الدفوع ، فإنه يلزم الدين في تحوله ما يتصل به . دفوع
 كان يحق للمدين الأصلي أن يتمسك بها قبل الدائن (مادة ١٨٢ مدني كويتي -
 مادة ٣٢٠ مدني مصري) .

وتبعاً لذلك فالمحال عليه أن يتمسك في مواجهة الدائن بجميع الدفوع
 المتعلقة بذلك الدين وكان يحق للمدين الأصلي أن يحتج بها . كالذبح بالبطلان
 لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب . كذلك للمحال عليه أن
 يتمسك بها كان يستطيع الدين الأصلي أن يتمسك به من دفوع مستمدة من
 عقد الحوالة . كان يطلب المحال عليه ببطلان الحوالة لعدم مشروعية
 السبب أو يطلب لإبطالها لتقص أمليته أو لغير ذلك من أسباب .

وبلاحظ أن الدين لا ينتقل إلى ذمة المحال عليه على الوجه المتقدم
 فإنه ينتقل من وقت براءة ذمة الدين الأصلي . أي من وقت انعقاد الحوالة
 وليس من وقت اقرار الدائن لها .

٢٦٥ - ثانياً - آثار الحوالة في علاقة الدائن بالمحيل :

ذكرنا أن الأثر الجوهري للحوالة هو براءة ذمة الدين الأصلي
 (المحيل) تجاه الدائن . وذلك يفترض بطبيعة الحال انعقاد الحوالة باتفاق
 هذا المحيل والمحال عليه . وهو الفرض الذي نعالجه في هذه الدراسة
 كما أننا . وتبرا ذمة الدين الأصلي من وقت انعقاد الحوالة ودون حاجة
 لتصريح من الدائن على نحو ما ذكرنا .

وبراءة ذمة الدين الأصلي تعني ببساطة عدم جواز مطالبة الدائن له
وانما يستطيع هذا للدائن مطالبة المحال عليه فهو الدين للجديد .

ولاستثناء على براءة الذمة المذكور ، نصت المادة ٢١٩ من القانون المدني
المصري على أن الدين الأصلي يضمن يسار الدين وقت اقرار الدائن للحوالة
ما لم يتفق على غير ذلك .

وعلى ذلك فإنه إذا كان الأصل هو ضمان المحيل أن يكون المحال عليه
في حالة يسار وقت اقرار الدائن للحوالة ، فإنه يجوز الاتفاق على غير ذلك
تخفيفا أو تشديدا . إذ يجوز للمدين الأصلي أن يخلى نفسه من هذا الضمان
بالاتفاق على مثل هذا الاخلاء . كما يجوز الاتفاق على ضمان الدين
الأصلي يسار المحال عليه ليس فقط وقت اقرار الدائن للحوالة بل وأيضا وقت
حلول الدين .

٢٦٦ - ثالثا - آثار الحوالة في علاقة المحيل والمحال عليه :

نذكر مرة أخرى بامتنا نعالج في حوالة الدين الصورة التي نتعقد فيها
باتفاق الدين الأصلي والمدين للجديد .

ونفرق بشأن هذه الآثار ، بين ما يترتب منها قبل اقرار الدائن للحوالة
وما يترتب بصدده .

فقبل اقرار الدائن للحوالة :

يكون المحال عليه ملتزما تجاه الدين الأصلي بالوفاء للدائن في الوقت
المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك . ويسرى هذا الحكم ولو رفض
الدائن للحوالة (مادة ٢١٧/١ مدنى مصرى) .

والمنطق الواضح لذلك أن المحال عليه وقبل اقرار الدائن للحوالة - حيث
لم يتحدد موقفه بالرفض أو القبول - يكون ملتزما تجاه الدين الأصلي بأن
يخلص ذمة الاخير من الدين في الوقت المناسب . أى وقت حلول الدين . وهو
اتزام بعمل^(٥) . ويسرى هذا الحكم أيضا لو تحدد موقف الدائن من الحوالة
بالرفض .

ويلاحظ انه إذا كان الدين الأصلي قد التزم نحو المحال عليه في عقد
الحوالة بشئ ، في مقابل التزام الاخير بتحمل الدين ، فليس له أن يطالب المحال
عليه بأن يوفى الدائن الا إذا كان قد نفذ للتلزمه (مادة ٢١٧/٢ مدنى مصرى) .

(٨) الصنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٣٤٣ ، ص ٦١٣ .

وبعد اقرار الدائن للحوالة :

يكون المحال عليه منتزعا نحوه بالوفاء بالدين ، وبذلك تنبرا ذمة الدين الاصلى من الدين المذكور . وكان الدين الاصلى قد استفاد من الحوالة بمقدار الدين وهذا يعنى ان المحال عليه قدم للمدين الاصلى التزاما بقيمة الدين . وقد يقصد المحال عليه من هذا الالتزام اداء هذه للقيمة على سبيل القرض او يقصد الوفاء بدين في ذمته لهذا الدين الاصلى ، وقد يقصد للتبرع . وفي الحاله الاخيرة قد يشترط المحال عليه الرجوع على المدين الاصلى .

٢٦٧ - حوالة الدين في المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

١ - اولا - تناول المشروع تعريف حوالة الدين في المادة ٣٠٣ اذ قالت :
« تتم حوالة الدين باتفاق بين المدين وشخص آخر يتحمل عنه الدين ، وهذه المادة نطابق المادة ٣١٥ من القانون المدني المصرى الحالى » . وفوق ذلك ، مانها تقابل الفقرة الاولى من المادة ٣٧٧ من القانون المدني الكويتى وتنص على انه « يترتب على حوالة الدين نقل الدين من ذمة المدين الاصلى الى ذمة المحال عليه » .

ثانيا - تعالج المادة ٣٠٤ من المشروع انعقاد حوالة الدين ونفاذها في احدى صورتين لها . وتتم الحوالة فيها باتفاق المدين الاصلى والمدين الجديد (احال عليه) وهى لصورة لتفالبة . والمادة نصها كالاتى :

١ - « تنعقد الحوالة التى تتم بين المدين الاصلى والمحال عليه موقوفة على قبول الدائن » .

٢ - ولذا قام المدين الاصلى او المحال عليه باعلان للحوالة لى الدائن ، وعين له اجلا مقبولا لقبول للحوالة ثم لنقضى الاجل دون ان يصدر القبول ، اعتبر سكوت الدائن رفضا للحوالة » .

وهذه المادة المقترحة تقابل المادة ٣١٦ من القانون المدني المصرى الحالى مع تعديل حاصله :

(١) ان المادة المقترحة من المشروع قد استبدلت عبارة « تنعقد الحوالة موقوفة على قبول الدائن » ، بعبارة « لا تكون الحوالة نافذة في حق الدائن الا اذا اقرها » .

(ب) أن المادة المقترحة من المشروع قد عبرت عن دور الدلائل في نفاذ حوالة الدين في هذه الصورة بالاعتراف بدلا من القبول للوارد في النص الحالي .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تقلل المادة ٣٧٨ من القانون المدني الكويتي ويبدو لنا أن الأخيرة استمدت أحكامها من النص الحالي للقانون المدني المصري الذي ذكرناه من قبل وهو نص المادة ٣١٦ ، فهي تطابقه .

والغريب في الأمر أنه جاء بالمشروع تطبيقا على ذلك النص المقترح للمادة ٣٠٤ من المشروع أنه يطبق المادة ٣٨٠ من القانون المدني الكويتي وهذا غير صحيح .

ثالثا - تقرر المادة ٣٠٥ من المشروع للحكم في الحالة التي لا يحدد فيها للدائن موقفه من الحوالة وتنص على ما يأتي :

« ١ - إذا لم يحدد الدائن موقفه من الحوالة قبولا أو رفضا ، كان الحال عليه ملزما بالوفاء للدائن في الوقت المناسب ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك ويسرى هذا الحكم ولو رفض الدائن للحوالة .

٢ - على أنه لا يجوز للمدين الأصلي أن يطلب الحال عليه بالوفاء للدائن ما دلم هو لم يقم بها التزم به نحو الحال عليه بمقتضى عقد الحوالة ، .
وهذه المادة تطابق المادة ٣١٧ من القانون المدني المصري الحالي وقد عرضنا لها من قبل . مع ملاحظة أن نص المشروع قد استعمل لفظ « قبولا » بدلا من « اقررا » ، للوارد في ذلك النص الحالي .

رابعا - تقرر المادة ٣٠٦ من المشروع للتلزما على عاتق المدين الأصلي بضمان يسار الحال عليه ونصها كالآتي :

« يضمن المدين الأصلي أن يكون الحال عليه موسرا وقت قبول الدائن للحوالة ، ما لم يتفق على غير ذلك ، .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣١٩ من القانون المدني المصري الحالي . مع ملاحظة أن المادة المقترحة هذه استعملت لفظ « قبول » بدلا من لفظ اقرار الوارد في ذلك النص الحالي . ولا يبدو أن للمادة المقترحة نظيرا في القانون المدني الكويتي .

خاصا - تتناول المادة ٣٠٧ من المشروع للصورة الأخرى لحالة الدين وتتم باتفاق الدائن والمحال عليه ، ونصها يجرى على النحو التالي :

« يجوز كذلك أن تتم حوالة الدين باتفاق بين الدائن والمحال عليه بقرار فيه أن هذا يحل محل الدين الأصلي في التزله » :

وهذه المادة المقترحة تطابق الفقرة الأولى من المادة ٣٢١ من القانون المدني المصري الحالي . كما تقابل المادة ٣٧٩ من القانون المدني الكويتي .

سادسا - تتضمن المادة ٣٠٨ من المشروع أثرا من آثار حوالة الدين في صورتها الأولى ونصها كالآتي :

« ١ - تبقى للدين الحال به ضماناته »

٢ - ومع ذلك لا يبقى للدين الكفيل ، عينا كان أو شخصا ، ملتزما قبل الدائن إلا إذا رضى بالحوالة » .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣١٨ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق المادة ٣٨١ من القانون المدني الكويتي . ونبرز هنا أيضا ما جاء بالمشروع تطابقا على هذا النص المقترح منه من أنه يطابق المادة ٣٨٣ من « التقنين المدني الكويتي » وهذا غير صحيح .

وفي أثر من آثار حوالة الدين أيضا ، يخص الدفوع نصت المادة ٣٠٩^{نص} من المشروع على ما يأتي :

« للمحال عليه أن يتمسك قبل الدائن بما كان للمدين الأصلي من دفع متعلقة بذات الدين ، كما يجوز له أن يتمسك بالدفوع المستمدة من عقد الحوالة » .

وهذه المادة المقترحة من المشروع لنما تطابق في حكمها المادة ٣٢٠ من القانون المدني المصري الحالي . وهي تطابق أيضا المادة ٣٨٢ من القانون المدني الكويتي . والغريب أيضا ما جاء بالمشروع من أن هذه المادة المقترحة منه تطابق المادة « ٣٨٤ من التقنين المدني الكويتي » وهذا غير صحيح .

المبحث الثالث حوالة الدين في الفقه الاسلامي

٣٦٨ - تعريف :

افاض الفقه الاسلامي في حوالة الدين وجوزها بجميع مذاهبه . وقد عرفت مجلة الأحكام المحلية في المادة ٦٧٣ على انها تعني « نقل الدين من ذمة الى أخرى ، وفي موشد الحيران جاء تعريف حوالة الدين في المادة ٨٧٦ اذ قالت : « للحوالة هي نقل الدين والمطلبة من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه ، وعلى نحو أكثر وضوحا وشمولا ورد تعريف للحوالة في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل . فقد نصت المادة ١١٥٥ من هذه المجلة على ان « للحوالة عقد ارفاق يقتضى انتقال الدين من ذمة الى أخرى غير جزية » . وجاء بالمادة ١١٥٦ من المجلة المشار اليها أيضا ان « الاحالة تنقل الدين ما عليه الى ذمة غيره بايجاب » (١) .

ونبحث حوالة الدين في الفقه الاسلامي في عدة مطالب على النحو التالي :

- المطلب الأول : انعقاد حوالة الدين في الفقه الاسلامي .
- المطلب الثاني : شروط حوالة الدين في الفقه الاسلامي .
- المطلب الثالث : آثار حوالة الدين في الفقه الاسلامي .

(١) ويلاحظ ، في مجال الحوالة ، ان لادائن يطلق عليه في الفقه الاسلامي « المحتال ، او « المحال » . أما المدين للجديد فيطلق عليه « المحتال عليه » او « المحال عليه » والمدين الاسمي يطلق عليه المحيل .

وليجع في تعريف حوالة الدين في الفقه الاسلامي :

الحنفية : حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ تشافعية : المذهب ، للشعراني ، مشار اليه من قبل الجزء الاول ، ص ٣٤٤ . المالكية : بداية المجهت ونهاية المقصد لابن رشد الطحيد ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثاني ، ص ٢٥٠ - ٢٥١ .

لخفيلة : كشف لقناع عن متن الانتاع للدهوتي ، مشار اليه من قبل ، الموقع السابق . راجع أيضا : على الاخفيف ، مختصر احكام المعاملات الشرعية ، لطبعة الرابعة ، القاهرة سنة ١٩٥٢ ، ص ٢٢٧ .

المطلب الأول

انعتقاد حوالة الدين في الفقه الاسلامي

٢٦٩ - انعتقاد حوالة الدين بالتراضى :

تنتقد حوالة الدين بالتراضى وتتخذ لدى الاصناف عدة صور تبعا لهذا التراضى (١٠) :

الصورة الأولى :

وتتم فيها الحوالة برضا الحيل والمحال والمحال عليه :

وقد نصت على هذه الصورة المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران بقولها « يشترط لصحة الحوالة رضا الكل أى الحيل والمحال والمحال عليه ، ، ، ، ونصت عليها أيضا المادة ٦٨٠ من مجلة الأحكام المطبوعة حين قالت « لو قال الحيل لادلثنه حولتك على فلان وقبل للدلثن تنعقد للحوالة ، ، »

الصوره الثانية :

وتتم فيها الحوالة برضى الحيل والمحال :

وفيها يكون المحال عليه غائبا واحيل عليه للدين باتفاق الحيل والمحال له على ذلك . فان الحوالة تصبح شريطة قبول المحال عليه بالحوالة راضيا حيث يلتزم للمحال له . أما اذا لم يرض المحال عليه بالحوالة فلا ينتقل الدين في ذمته ولا يكون للمحال له حق مطالبته . وقد نصت على ذلك المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران . وللواضح ان الحوالة هنا لا تتم بغير رضا المحال عليه . ولكن المادة ٨٨٢ من مرشد الحيران استثنت في عجزها حالة تتم فيها الحوالة باتفاق الحيل والمحال له دون رضا المحال عليه وهي حالة ما اذا استدان زوجته النفقة عليه بأمر القاضي فان لها ان تحيل عليه بلا رضاه ويكون ملزما بالدين للمحال .

١٠ .

(١٠) راجع نفس الحكم في المادة ٦٨٢ من مجلة الأحكام المطبوعة .

وراجع في ضرورة رضا الكل في الحوالة : حاشية رد المحتار لابن عابدين مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤١ - بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكامل ، مشار اليه من قبل ، الجزء السابع ص ٣٤٢ .

الصورة الثالثة :

وفيها تتم الحوالة باتفاق المحيل والمحال عليه :

مثلا لو قال واحد للآخر خذ عليك حوالة ديني الذي بذمتي لفلان وقبل المحال عليه ذلك . فتعقد الحوالة موقوفة على قبول المحال له . هكذا نصت المادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام العدلية .

الصورة الرابعة :

وفيها تتم الحوالة باتفاق المحال والمحال عليه :

كما لو قال واحد للآخر خذ مالي على فلان من الديون وقدره كذا

حوالة عليك فقال له الآخر قبلت . هنا الحوالة انعقدت بين المحال له والمحال عليه . ونصت على ذلك المادة ٦٨١ من مجلة الأحكام العدلية (١١) .

٢٧٠ - ويلاحظ أن للحنابلة موقفا آخر في انعقاد حوالة الدين ، إذ نصت المادة ١١٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية على أن الحوالة « تمنع ... بمجرد إيجاب المحيل ولا تحتاج إلى قبول أو رضى من المحتال » (١٢) ولا المحال عليه ، ولكن يجب لصحة الحوالة رضا المحيل إذ لا تصح لحالة المكره (مادة ١١٦٦ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل) ونصت المادة ١١٧٠ من هذه المجلة أيضا على أنه لا يشترط لصحة الحوالة رضا المحتال إذا كان المحال عليه مملوكا أما إذا لم يكن مملوكا فلا تصح الحوالة إلا برضا المحتال . وعند الشافعية ذكر صاحب المذهب « لا تصح الحوالة من غير رضا المحتال وهل تصح من غير رضا المحال عليه المذهب أنه تجوز » (١٣) . أما مالك فقد اعتبر رضا المحال ولم يعتبر رضا المحال عليه (١٤) .

(١١) راجع في الصورة الثالثة والرابعة المادة ٨٨٧ من مرشد الحيران .

(١٢) وقد عرفت المادة ١١٦٠ من نفس المجلة المحتال بقولها « هو رب الدين المختل

من ذمة إلى أخرى » .

(١٣) المذهب للشيعة ، مشار إليه من قبل ، الجزء ، الاول ، ص ٣٤٥ .

(١٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد للحفيد مشار إليه من قبل ، الجزء

الثاني ، ص ٢٥٠ .

المطلب الثاني

شروط حوالة الدين في الفقه الاسلامي

٢٧١ - تقسيم :

من هذه الشروط ما يتطرق بصحة انعقاد ومنها ما تنفذ به للحوالة ومنها ايضا ما يخص الدين المحال به ومنها ما يتصل اخيرا باشتراط مديونية المحيل للمحال له ومديونية المحال عليه للمحيل ويبحث كل ذلك .

٢٧٢ - أولا : في صحة انعقاد الحوالة : اشترطت المادة ٦٨٣ من مجلة الأحكام العدلية أن يكون المحيل والمحال عاقلين وأن يكون المحال عليه عاقلا بالغا . وهو ما نصت عليه ايضا المادة ٨٨٠ من مرشد الحيران ، إذ اشترطت لصحة انعقاد الحوالة أن يكون المحيل والمحال عاقلين أما المحتال عليه فيجب فيه للعقل والبلوغ .

ومعنى ذلك أنه يتعين للفرقة بشأن هذه الشروط بين المحيل والمحال من جهة والمحال عليه من جهة أخرى (١٦) .

وعن المحيل والمحال ، يشترط لعقل . ومن ثم لا تصح حوالة المجنون أو الصبي غير للعقل . وعليه ، لا يشترط البلوغ بالنسبة لهما . إذ يمكن أن يكون المحيل أو المحال عليه صبيا عاقلا لكن الحوالة تنعقد موقوفة على اجازة الولي . أما بالنسبة للمحال عليه ، فيشترط العقل والبلوغ . فتبطل حوالة للصبي غير المميز .

٢٧٣ - ثانيا : في نفاذ الحوالة : اشترطت المادة ٨٨١ من مرشد الحيران أن يكون المحيل والمحال بالغين فلا تنفذ حوالة للصبي المميز بل تنعقد موقوفة على اجازة الولي أو لأوصى . هذا إذا كان لأصبي غير المميز محيلا أو محتالا .

(١٥) راجع في شروط الحوالة : على التخصيف المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .

عبد الكريم زيدان ، الكفالة والحوالة في الفقه المقرون ، بغداد ، ١٩٧٥ ، رقم ٣١٠ ص ٢١٦ وما بعدها .

(١٦) راجع . بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع . العلامة الفقيه علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، مشار إليه من قبل ، الجزء السابع ، ص ٢٤٣٦ - ٢٤٣٧ .

أما إذا كان محتالا عليه فلا تنفذ الحوالة إلا إذا أجازها الولي أو الوصي وكان هذا المحتال عليه أملا من الحيل^(١٧) . وهي نفس الأحكام التي نصت عليها المادة ٦٨٥ من مجلة الأحكام المطبعية .

٢٧٤ - ثالثا : فيما يجوز حوالة من الدينون : في الحال به ، وهو الدين المنتقل من ذمة لى لآخرى^(١٨) ، نصت المادة ٨٨٤ من مرشد الحيران على أن كل دين لا تصح به الكفالة فالحوالة به غير صحيحة . وهو نفس الحكم الذى نصت عليه أيضا المادة ٦٨٧ من مجلة الأحكام المطبعية . ونصت عليه في صدرها أيضا المادة ٦٨٨ من هذه المجلة حين قالت : كل دين تصح به الكفالة تصح للحوالة به . . .

وبناء على ما تقدم ، فالحال به - على المعنى المتعمد ذكره - يجب أن يكون ديننا ، فلا تصح حوالة الأعيان^(١٩) . وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى حكم المادة ١١٧٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل إذ قالت : « الحوالة لا تكون الا على ذمة فلا تصح الحوالة بمال الوقف ولا عليه »^(٢٠) والأمر نفسه بخصوص حوالة الدين لدى الملكية^(٢١) . أما الشافعية فالحوالة عندهم تجوز فيما يجوز بيعه لاتها ببيع دين بدين^(٢٢) . ويشترط في الدين الحال به أن يكون مطلوما لا مجهولا . فلا تصح الحوالة بالدين المجهول . فلو احتال بما سيثبت للمحل على المحتال عليه فالحوالة باطلة (مادة ٨٨٥ من مرشد الحيران) وهو نفس الحكم الذى نصت عليه في عجزها المادة ٦٨٨ من مجلة الأحكام المطبعية . وهو ما ذكره صاحب المذهب من الشافعية^(٢٣) .

(١٧) وقد نصت المادة ١١٦٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن الحوالة تصح بشرط ملالة الحال عليه حتى إذا ظهر مسرا رجع على المحيل .
(١٨) المادة ١١٥٩ من مجلة الأحكام الشرعية .

(١٩) سليك رستم باؤ - شرح المجلة ، ص ٣٧٥ - ٣٧٦ - رد المحتار لابن عابدین ، مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ص ٣٤٣ .

(٢٠) قارن المادة ٨٨٨ من مرشد الحيران إذ قالت : « تصح لحالة المستحق في الوقف غريمه حوالة متينة باستحقاقه على ناظر الوقف إذا كانت غلة متصلة في يده وقبل لأحوالة ولا تصح الحوالة بالاستحقاق إذا لم تكن الغلة متصلة في يد الناظر » .

(٢١) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع للفتحية لابن جزى المالكي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٥٥ .

(٢٢) المذهب ، للشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الاول ص ٣٤٤ .

(٢٣) وقال « ولا تجوز (حوالة الدين) الا بمال معلوم لأننا بينا أنه بيع فلا تجوز في مجهول ، راجع ، المذهب للشيرازي ، الوقف السابق .

واكدت ذلك أيضا المادة ١١٦٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ونصت على أنه « يشترط علم المال الحال به عليه » وقال صاحب كشف القناع يشترط أن تكون الحوالة بمال معلوم على مال معلوم « مما يصح السلم فيه من المثليات وغيرها » (٢٤) .

إضافة إلى ما تقدم ، وفي الحال به ، فإنه يشترط أن يكون مساويا في صفته ومقداره للمال الحال عليه . اذ نصت المادة ١١٧٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه يشترط اتفاق الدينين جنسا وصفة وحولا وإجلا . وهو ما أكده صاحب كشف القناع تشبيها بالمقاصة على حد قوله (٢٥) .

وجاء في كتاب قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكي أنه يشترط في الحوالة ضمن ثلاثة شروط لها أن يكون الدين الحال به مساويا للمحال فيه في الصفة والمقدار (٢٦) .

٢٧٥ - رابعا - المحيل مدينون للمحال :

يشترط في الفقه الإسلامي إضافة إلى ما تقدم ، أن يكون المحيل مديونا للمحال ففي المذهب الحنفي نصت المادة ٨٨٢ من مرشد البحران على أنه يشترط لصحة الحوالة أن يكون المحيل مديونا للمحال والأجنبي وكالة فهو التقيض (٢٧) . وعلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، نصت المادة ١١٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، على ما يأتي : « حالة الشخص من لا دين له على مدينه وكالة في الطلب » . وصاحب كشف القناع كان غاية في

(٢٤) كشف القناع عن متن الاقتناع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، للجزء

الثالث ، ص ٣٨٦ .

(٢٥) كشف القناع عن متن الاقتناع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، للجزء الثالث

ص ٣٨٥ . وفي نفس المعنى عند اللخاتبة : غلية التمتي في الجمع بين الاقتناع والمتي للتدريج مروي بن يوسف الحنفي ، الوجه الثاني ، للطبعة الثانية ، منشورات المؤسسة المسيحية بالرباط ، ص ١١١ - وقد عرفت المادة ١١٥٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الحال به بأنه « الدين المختل من ثمة إلى أخرى » وعرفت المادة ١١٦٢ من هذه المجلة المال الحال عليه بأنه « الدين الذي للمحيل على الحال عليه » .

(٢٦) قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، الموقع السابق -

وعند الشافعية لأبي ، للشعراني ، مشار إليه من قبل ، للجزء الأول ، ص ٣٤٥ .

(٢٧) راجع أيضا حاشية رد المحتار لابن عابدين ، مشار إليه من قبل ، للجزء

الخامس ، ص ٣٤٢ .

«وضوح وقد عبر عن ذلك بقوله « فإن أحال من لا دين عليه شخصا على من لا دين عليه دين فهي وكأله جرت بلفظ الحوالة إذ ليس فيها تحويل حق من شخص إلى آخر » وإنما جازت بوجاهة بلفظ الحوالة لاستخدامها في المعنى (١٦) »

١٠ - مذهبنا - هل يقتضيه أن يحل محل دينه مديونا محمداً :

اتضح لنا فيما تقدم أن الفقه الإسلامي يشترط في سحوله أن يكون «مدين مديونا للمحال والا كان الأمر من قبيل سوط في سبب» - وعلى المنطق يؤدي بنا إلى نتيجة مامة تقترب على ذلك وهي : أنه لا يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحل . وفي الحقيقة ، فإن هذه النتيجة لا يستجيب لها سوى الإحناف دون غيرهم . إذ نصت المادة ٨٨٢ من مرسوم سحران على « لا يشترط لصحة الحوالة أن يكون المدين مديونا للمحل وإذا فهي وبها ولا يشترط أن يكون المحتل عليه مديونا لمدين بل إذا رغب بحسب وصحت ونقزم بالدين لمحتال ولو لم يكن المحتل عليه مديونا للمحل » (١٧) . والمعنى أوضح لئلا أن حربة الدين دصح ولا يشترط أن يكون المحتل عليه مديونا للمحل . وهو أحكام الذي أتت أيضا المادة ١٢١ من مجلة الأحكام الشرعية إذ قالت « لا يشترط أن يكون المحتل عليه مديونا لمدين فتنسخ حوالة وإن يكن له على المحال عليه دين » .

أما بقى المذهب فهي على خلاف ذلك . فعند المالكية يشترط ابن رشد أن يكون المحال عليه مديونا للمحل . وإذا فانه لم يشترط رضاه في الحوالة (١٨) . ومقابلته يشترطون أيضا أن يكون المحتل عليه مديونا للمحل ولا يجب وكذا في الأصراض . وهذا يفترض بطبيعة الحال - وعلى ما ذكرنا - أن المحل مدين للمحال . فقد جاء في كشاف القناع « وإن أحال من عليه دين على من لا دين عليه فهو وكالة في اقتراض فلا يصرفه لأنه لم يأذن له في المصارفة . فمن قبض المحتال منه الدين أي من المحل عليه الذي لا دين عليه رجع (المحال عليه) على المحل بما دفع عنه المحتال لأنه ترض حيث لم يتبرع » (١٩) .

(٢٨) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ،

ص ٢٨٤ - والتمشية نفس الرأي في أن يكون المحل مديونا للمحال له ، المذهب ، للشرعاني ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، الموقع السابق -

(٢٩) والنص مأخوذ عن رد المحتار - راجع حاشية رد المحتار ، مشار إليه من قبل ،

الجزء الخامس ، ص ٣٤٢ .

(٣٠) بداية الجتهد ونهاية المتصدد لابن رشد الحفيد ، مشار إليه من قبل ، الجزء

الثاني ، ص ٢٥٠ - ٢٥١ -

(٣١) كشاف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٥ .

ويتضح لنا من ذلك أن الحنابلة يشترطون في المحال عليه أن يكون مديونا للمحيل إضافة إلى كون المحيل مديونا للمحال كما ذكرنا وهذا الشرط - مديونية المحال عليه للمحيل - يتخذ في تخلفه صورة من لثنتين عند الحنابلة • الأولى - وقد مرت بنا - وفيها لا يكون المحال عليه مديونا للمحيل على الرغم من مديونية الأخير للمحال •

أما الثانية فلا يكون فيها المحال عليه مديونا للمحيل ولا يكون الأخير مديونا للمحال • ويؤكد لنا هذا ما جاء في كشف القناع • وإن أقال من لا دين عليه على من لا دين عليه فهي وكالة في اقتراض أيضا وليس شيء من ذلك حوالة لاقتضاء شرطها • (٣٢)

ولوضح أن الجامع بين الصورتين اعتبار الأمر فيهما من قبيل الوكالة في الاقتراض نظرا لامتدالم مديونية المحال عليه للمحيل •

أما عند الشافعية ، فإن هناك من قال أنهم يشترطون أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل (٣٣) • وعلى الرغم من ذلك فقد وجدنا في المصنوع ما ينفي عن غير ذلك بيقين • وجاء به • ولا تجوز الحوالة إلا على من له عليه دين لأننا بينا أن الحوالة بيع ما في الذمة بما في الذمة • • • • • وهل تصح من غير رضا المحال عليه ؟ ينظر فيه فإن كان على من لا حق له عليه وقلنا أنه تصح الحوالة على من لا حق له عليه لم تجز إلا برضاه (٣٤) ونستخلص من ذلك أن الحوالة تصح عند الشافعية ولا يشترط أن يكون المحال عليه مديونا للمحيل ، وكل ما هنالك أن صحة الحوالة تتطلب في هذه الحال رضا المحال عليه •

(٣٢) كشف القناع عن متن الإقناع للبهوتي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث المرقع السابق - وقد لجلت كل هذه الأحكام المادة ١١٧٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بتولها • لحظة من لا دين عليه على مثله وكالة في الاقتراض وكذلك إحالة الدين على من لا دين له عليه فلا تصح مصادفته •

(٣٣) راجع • التبليغ على التخفيف في مختصره المشار إليه من قبل ، ص ٢٢٨ •

(٣٤) المذهب ، الشيرازي ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، المرقع السابق •

المطلب الثالث

آثار حوالة الدين في الفقه الاسلامي

٢٧٨ - تعداد الآثار :

يترتب على حوالة الدين في الفقه الاسلامي عدة آثار وتتمثل هذه الآثار -
اجبالا - في انتقال الدين المحال به من ذمة المحيل الى ذمة المحال وهذا هو
الآثر الأول والجوهري * وكما سنرى ، فانه ولئن كان هذا الآثر يمثل
بمضمونه رأى الجمهور في هذا الفقه فان اللفة قد ذهبت الى غير ذلك قولا بان
الذى ينتقل بالحوالة هو حق المطالبة بالدين وليس للدين ذاته * وعلى آية
حال ، فان الدين اذ ينتقل - على رأى للجمهور - فانه ينتقل بصفته * وهذا
هو الآثر الثانى * اما الآثر الثالث فقد اختلف الرأى بشأنه - مثل الاول -
في نطاق الفقه الاسلامي ويخص للتأمينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين قبل
الحوالة * فمن الفقهاء من قال بانقضائها ومنهم من قال ببقائها * اما الآثر
الرابع فنبرز من خلاله موقف للفقهاء من الدفع الذى ترد على الدين * وفي نطاق
الآثر الخامس نبين مدى حق المحال عليه في الرجوع على المحيل لنعقب ذلك
ومن خلال اثر سادس ببيان امكان رجوع المحال الى المحيل *

٢٧٩ - اولا : انتقال الدين او المطالبة :

يترتب على حوالة الدين في الفقه الاسلامي - وعلى خلاف فيه - انتقال
الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه * وعلى ما لتضح لنا من كتب
الفقه اننى اطلعنا عليها في الموضوع ، فان الخلاف بشأن هذا الأثر ليس خلافا
بين المذاهب الأربعة في هذا لفقه ، وانما هو خلاف في نطاق الذهيب للحنفى *
اذ الأحناف يتفقون مع المذاهب الثلاثة الأخرى في انتقال الدين على الفحو
للسابق * لكن محمد بن الحسن وزفر من الأحناف ذهبوا الى غير ذلك * ونبدأ
بالأحناف ثم نشير الى باقى المذاهب *

عند الأحناف ، ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف الى القول بان الذى ينتقل
كاثر لحوالة الدين هو الدين المحال به ذاته ، وينتقل من ذمة المحيل الى ذمة

الحال عليه • وليس من شك في أن ذلك يفترض بطبيعة الحال انتقال الدين والمطالبة به أيضاً^(٣٦) كما يفترض براءة ذمة المحيل في مواجهة الحال •

وعلى خلاف ذلك ، قال محمد بانتقال المطالبة دون الدين ذاته •

بل إن من الأحناف من ذهب إلى القول بأن ذمة المحيل لا تبرأ بالحوالة ، لا من الدين ولا المطالبة • وفاد ذلك عدم انتقالهما وهذا هو رأي زفر • ولنا من نصوص الفتى الحنفى ما يوضح ما ذكرنا • فقد جاء في شرح فتح القدير^(٣٧) ما يلي « قوله وإذا تمت الحوالة بالقبول يرى المحيل من الدين هذا قول طائفة من المشايخ وهو المصحح من المذهب وقول طائفة أخرى لا يبرأ إلا من المطالبة فقط وقال زفر لا يبرأ من المطالبة أيضاً » وجاء في التبذير^(٣٨) أيضاً « ولنا أن الحوالة مشتقة من التحويل وهو النقل فكأن معنى الانتقال لازماً فيها ... » واختف مشيخنا المتأخرون في كيفية النقل مع اتفاقهم على ثبوت أصله موجبا لنحوالة ، قال بعضهم أنها نقل المطالبة والدين جميعاً • وقال بعضهم أنها نقل المطالبة فحسب • فأما أصل الدين فيبقى في ذمة المحيل •

وفي حاشية رد المحتار لابن عابدين^(٣٩) ورد أن المراد « نقل الدين مع الضمنية ، وقيل : نقل المطالبة فقط ونسب سزيعى الأول إلى أبى يوسف وأدنى إلى محمد » •

ويتضح لنا من كل ما تقدم ، أن الراى في المذهب الحنفى – بغض النظر عن الخلاف فيه – يتمثل في أنه يترتب على حوالة الدين لانتقال الدين ذاته ، وكذا المطالبة به من ذمة المحيل وهو المدين الأصلي إلى ذمة الحال عليه وهو المدين الجديد • ومن ثم تبرأ ذمة المحيل في مواجهة الحال وهو الدائن •

(٣٥) ويمكن أن نرى هذا الأثر من خلال تعريف الاصناف لحوالة الدين في الحديثين ٦٧٣ من مجلة الأحكام العدلية ، ٨٧٦ من مرشد الحيران وقد عرضنا لهما من قبل •

(٣٦) شرح فتح القدير للماجز القدير للشيخ الإمام كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن عبد الحميد بن مسعود السيولى ثم السكندرى المعروف بأبى الهمام ، دار لحيان للتراث العربى ، بيروت ، الجزء السادس ، ص ٣٤٧ •

(٣٧) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكماتى ، مشار إليه من قبل ، للجزء السابع ص ٣٤٦ – ٣٤٤٠ •

(٣٨) حاشية رد المحتار لابن عابدين وثيابه للتكملة لنجل المؤلف ، مشار إليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ •

وبلاحظ أن النقل - أي نقل الدين من ذمة إلى أخرى - إنما هو نقل حكمي لا حسي . جاء في فتح القدير « والنقل في الدين لا في العين لأن هذا نقل شرعي والدين وصف شرعي إما العين فحسي فلا ينتقل بالنقل للشرعي بل يحتاج إلى النقل الحسي » (٣٦) .

ومفهومنا لذلك أنه عندما نتكلم عن انتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه كأثر لحالة الدين ، فإن المقصود نقل الدين أو انتقاله حكما أو اعتباريا وليس نقلا حسيا . فهو نقل حكمي يخرج عنه لكفالة لأنهما ضم ذمة إلى أخرى .

وليس نقلا حسيا ، يخرج عنه العين .

ويشارك الأحناف في الأثر المتقدم لحالة الدين : المالكية (٣٧) والحنابلة (٣٨) والشافعية (٣٩) .

٢٨٠ - ثانيا - انتقال الدين بصفته :

يتحول الدين ، في نطاق اثر ثان للحالة ، على المحال عليه بصفته التي على المحيل . وعند الحنفية ، نصت على هذا الحكم المادة ٨٩٦ من مرشد الحبران و اضافت : « فإذا كان الدين على المحيل حالا تكون الحالة به على المحتال عليه حالة ويدفع المحتال عليه للدين المحال به معجلا . وإذا كان الدين على المحيل مؤجلا تكون الحالة به على المحتال عليه مؤجلة ولا يلزم الدفع

(٣٦) شرح فتح القدير لابن الهمام ، مشار إليه من قبل ، الجزء السادس ، ص ٢٤٦ .

(٤٠) قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٥٥ .

(٤١) كشف القناع عن متن الاتعاذ للدهوتى ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٢ - ٢٨٣ - غاية انتهى للششيخ موعى بن يوسف ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثاني ، ص ١١١ .

(٤٢) المهذب للشيخ الرازى ، مشار إليه من قبل ، الجزء الاول ، ص ٣٤٤ - ٣٤٥ .

الا عند حلول الأجل ، • ويترتب نفس الأثر عند المالكية^(٤٣) والحنابلة^(٤٤) والشافعية^(٤٥) .

٢٨١ - ثالثا - لتفصيل التامينات :

وعن التامينات التي كانت تضمن الوفاء بالدين الحال به فانها تبقى ضامنة للدين بعد تحوله عند محمد ، خلافا لأبي حنيفة وأبي يوسف اللذين يريان انها تنقضى ولا تنتقل بالحالة • ويتفق معهما في ذلك رأى الشافعية • ونعرض فيما يلى للرأى الأخير أولا ثم نعرض لخلاف الحنفية •

بالنسبة للشافعية ، فالرأى عندهم لنقصاء ما كان يضمن الدين من تامينات بالحالة • ولنا من نصوص تحفة المحتاج بشرح المنهاج ما يوضح ذلك^(٤٦) • وجاء به • وفى المطلب ان أطلق الحالة ولم يتعرض لتعلق حقه بالرهن فينبغى أن تصح وجها ولحدا وينفك الرهن كما اذا كان به ضامن فأحال عليه به من له دين لا ضامن به صحت للحالة وبرى الضامن لأنها معاوضة واستيفاء وكل منهما يقتضى براءة الأصل فكذا يقتضى فك الرهن فان شرط بقاء الرهن فهو شرط فاسد تفسد به الحالة • • ونستخلص من ذلك انه لو كان هناك تامين يضمن الدين الحال به مثل الرهن فان هذا التامين - والأصل وجوده قبل التحويل - ينقضى بالحالة ، وحتى لو اشترط بقاءه فان هذا الشرط يقع فاسدا ، وتفسد به الحالة • وعلى ذلك فالتحصيل (الحال) لا يستفيد في كل الأحوال بها كان يضمن الدين الحال به من تامينات •

ونفس الحكم في انقضاء التامينات التى كانت تضمن الوفاء بالدين الحال به بالحالة نراه عند الأحناف إلا محصدا •

(٤٣) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الحفيد ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثانى ، ص ٢٥١ • مع ملاحظة ما اشترطه المالكية في الدين الحال به من ان يكون حالا • راجع قسوتين الأحكام الشرعية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، الموقع السابق •

(٤٤) كشف القناع عن متن الاقتناع ، للبهوتى ، مشار إليه من قبل ، الجزء الثالث ، ص ٢٨٥ - غاية القتمى ، مشار إليه من قبل ، الموقع السابق •

(٤٥) المهذب ، للتبرلى ، مشار إليه من قبل ، الجزء الأول ، ص ٢٤٥ •

(٤٦) نحة المحتاج بشرح المنهاج للامام العالم المأجدة النعملة خاتمة المحققين شهيد الدين أحمد بن حجر الهيتمى الشافعى • بهاش جولى الملائتى الشافعى عبد الحميد الشروانى والشيخ أحمد بن قاسم اللبلى ، بيروت ، الجزء الخامس ، ص ٢٢٢ •

اذ يرى أبو حنيفة وأبو يوسف انقضاء هذه للتأمينات مثل المشافعية .

وفي حاشية رد المحتار لابن عبيدين ما يوضح ذلك * ومما جاء به في هذا الخصوص * وفي الحاشية عن فتاوى قاري، الهداية اذا أحال الطالب انسانا على مدينه وبالدین كقول بری، المدين من دين المحيل وبری، كفيله ويطلب المحتال الاصيل لا الكفيل لأنه لم يضمن له شيئا لكنها براءة موقوفة : وكذا اذا أحال المرتهن بدينه على الراهن بطل حقه في حبس للرهن ولا يكون رهنا عند المحتال، (١٧) .

ويقض لنا من هذا النص للفقيه انه يترتب على حوالة الدين لنقضاء التأمينات التي كانت تضمن الدين المحال به قبل الحوالة فلو كان هذا التأمين رهنا وإحال المرتهن دينه المضمون به لدى الراهن ، تنتقل هذا الدين - وكأثر للحوالة - مجردا من ذلك الرهن دون أن يستفيد منه المحتال * وهذا على رأى ابي حنيفة وأبي يوسف * ويختلف عنهما في الحكم محمد صاحب ابي حنيفة * اذ يرى بقاء التأمينات التي كانت تضمن للوفاء بالدين على الرغم من حوالة * جاء في شرح فتح القدير * وجعل شيخ الاسلام هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد * فقد ابي يوسف ينتقل الدين والمطلبة وعند محمد تنتقل المطالبة لا الدين ، قال وفائدة هذا الخلاف تظهر في مسألتين لحداهما أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين فله أن يسترد الرهن عند ابي يوسف كما لو ابراه عنه وعند محمد لا يسترد كما لو أجل الدين بعد للرهن، (١٨)

واذا كان لنا ما يقوله استخلاصا من هذا النص ، فان الخلاف بين الأحناف بشأن التأمينات التي تضمن الدين المحال به لنما يرجع الى اختلافهم بشأن الاثر الأول للحوالة * فابو حنيفة وأبو يوسف من رأيهما ان حوالة الدين يترتب عليها انتقال الدين من ذمة المحيل الى المحال عليه ، مما يفيد - بطبيعة الحال - براءة ذمة هذا المحيل من الدين ومن ثم المطالبة به ولازم ذلك انقضاء التأمينات التي كانت تضمن الوفاء بالدين * أما محمد فيرى أن الانتقال يرد على المطالبة دون الدين على ما ذكرنا مما يعني براءة ذمة المحيل ومن المطالبة فقط * وما دام للدين باقيا في ذمة المحيل على هذا النحو ، يبقى معه كذلك ما كان يضمن الوفاء به من تأمينات على الرغم من الحوالة .

(١٧) حاشية رد المحتار لابن عبيدين ويليه التكملة لنجل المؤلف ، مشر له من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٣٤٠ .

وقد اخذت مجلة الاحكام المطبوعة بهذا الحكم بخصوص انقضاء التأمينات في المادة

٦٩٠ .

(١٨) شرح القدير لابن الهمام ، مشر له من قبل ، الجزء السادس ، ص ٣٤٨ .

٢٨٢ - رابعاً : الدفعوع :

يستطيع المحال عليه ان يتمسك في مواجهة المحال بالدفعوع المستمدة من عقد الحوالة • اى تلك الدفعوع التي تتعلق بالدين • كما لو كان باطلا • كذلك فان المحال عليه يمكنه ايضا ان يتمسك في مواجهة المحال بالدفعوع المستمدة من علاقته به مثل الدفعع بالتقاصة •

ولكن لا يجوز لامحال عليه ان يتمسك ضد هذا المحال بالدفعوع المستمدة من علاقة الاخير بالمحيل •

هذه الاحكام هى للنتيجة المنطقية في نظر الملامة السنهورى لراى الأحناف - عدا محمد - بخصوص انقضاء للتأمينات(٤١) •

وفي هذا المجال ، ذهب البعض ، واستخلاصا من نصوص مجلة الأحكام العدلية ، الى أن أسباب الدفعع المتعلقة بالدين انما تنقسل من المدين الى من انقزم بالدين • الا أن وسائل الدفعع الخاصة بشخص المدين للسابق لا يخق للمدينون الجديد ان يتمسك بها وان كان يحق له ان يتمسك بأسباب الدفعع المختصة بشخصه(٤٢) •

٢٨٣ - خامساً : رجوع المحال عليه على المحيل :

اذا قام المحال بمطالبة المحال عليه للذى وفي بالدين كان للاخير حق الرجوع بما دفع • ويختلف الامر حسب نوعين للحوالة في المذهب الحنفى(٤٣) •

(٤١) للسنهورى ، تلوسيط ، الجزء الثالث ، ص ٤٢٥ - ٤٢٦ ، ص ٤٣٠ •

(٥٠) صبحى محصانى ، المرجع السابق ، ص ٦٠٩ •

(٥١) عبد الكريم زيدان ، المرجع السابق ، ص ٢٢٦ ، رقم ٣٢٦ - ٣٢٨ على التخفيف المرجع السابق ، الموسع السابق - وقد أخذ للتقنين المبنى الكويتى للجديد باحكام للحوالة المتيدة كما أوجزنا عن الفقه الاسلامى في الموالد ٢٨٥ - ٢٨٧ وأخذ باحكام للحوالة الخالفة في المادتين ٣٨٨ ، ٣٨٩ •

النوع الاول : ويسمى الحوالة المطلقة • وفيها يحيل المدين بدينه غريمه على آخر بحيث لا يكون هذا الحال عليه مدينا للمحيل أو يكون ولكن لم تقيد الحوالة بهذا الدين • أي لم يخصص المحيل دينه لدى المحال عليه للوفاء بحق المحال (مادة ٨٧٨ من مرشد الحيران) ، وهذه هي حوالة الدين بالمعنى الحقيقي لذلك • فإذا كانت الحوالة مطلقة ودفع المحال عليه الدين ، إذن سقط ما عليه للمحيل قصاصا بقدر ما أدى إذا كان مدينا للمحيل •

أما إذا لم يكن مدينا للمحيل وأدى عنه الدين بأمره رجع عليه بمثله ، فإن أدى بلا أمره فهو منقطع لا رجوع له عليه بما أدى (مادة ٨٩٢ من مرشد الحيران) •

والنوع الثاني : ويسمى الحوالة القيدية • وفيها يحيل المدين بدينه غريمه على المحال عليه حوالة مقيدة بأدائه من الدين الذي للمحيل في ذمة المحال عليه أو من العين المتروكة عنده أمانة أو مغبوبة • فإذا كانت الحوالة من هذا النوع فإن الحق الذي للمحيل في ذمة المحال عليه سواء كان ديناً أو عيناً مائة أو مغبوبة يخصص للوفاء بالدين المحال به • فلا يفتقل هذا الحق للدائن • ونتيجة ذلك أن المحيل ليس له أن يطالب المحال عليه وليس للآخر أن يدفع ما في ذمته - سواء أكان ديناً أم كان عيناً أمانة أو مغبوبة - للمحيل • وإن أداه له ضمنها للمحال ويستطيع الرجوع بها على المحيل (مادة ٨٩٣ من مرشد الحيران) • هذا بخلاف الحوالة المطلقة حيث لا تنقطع فيها مطالبة المحيل للمحال عليه لو كان الآخر مديناً له وهذا متصور في الحوالة المطلقة على ما ذكرنا • كل ما هنالك أن الحوالة لم تقيد بهذا الدين ومن هنا كان إطلاقها • فالمحيل يستطيع أن يطالب المحال عليه وبعد الحوالة بماله ، سواء أكان ديناً أم عيناً أمانة أو مغبوبة ••••• (مادة ٨٩٢ من مرشد الحيران) • ومعنى ذلك أن في الحوالة المقيدة تنقطع مطالبة المحيل للمحال عليه نحو ما ذكرنا •

٢٨٤ - سلسا : مدى رجوع المحال على المحيل :

إذا لم يتمكن المحال من الحصول على المحال به من المحال عليه كان له الرجوع على المحيل عند جانب من الفقه الاسلامي دون آخر ، فيجوز ذلك عند الاختاف • ولنا مما جاء في الديدائع ما يؤكد ذلك ويوضحه • فبخصوص ما يخرج به المحال عليه من الحوالة ورد « أنه يخرج من الحوالة بانتفاء حكم الحوالة وحكم الحوالة ينتهى بأشياء منها فسخ الحوالة ، لأن فيها معنى معاوضة المال بالمال فكانت محتملة للفسخ ومتى فسخ تعدد

المطالبة للمحيل • ومنها التوى عند علمائنا ثم التوى عند أبي حنيفة رحمه الله بشيئين لا ثالث لهما • أحدهما أن يموت المحال عليه مقلبا والثاني أن يجحد الحوالة ويحلف ولا بينة للمحال ، وقد قال أبو يوسف ومحمد بهما وبثالث وهو أن يفسد المحال عليه حال حياته ويقضى للقاضي بإفلاسه بناء على أن للقاضي يقضى بالإفلاس حال حياته عندهما ، وعنده لا يقضى به (١) •

ونستخلص مما تقدم أنه وإن كانت حوالة الدين في المذهب الحنفي من شأنها براءة ذمة المحيل إلا أنه يجوز مع ذلك للمحال أن يرجع على المحيل خاصة إذا توى حقه أي هلك •

وعند المالكية ، يجوز للمحال أيضا أن يرجع على المحيل إذا اغتر هذا وإحاله بدون علمه على من كان عديما مقلبا قبل الحوالة أو على من كان حقه باطلا • فقد ورد في قولين الأحكام الشرعية لابن جزي « فإذا وقعت الإحالة برئت ذمة المحيل من الدين الذي كان عليه للمحال وانتقل إلى طالب المحال عليه • ولا رجوع للمحال على المحيل أن أفلس المحال عليه أو أنكر إلا أن يكون المحيل قد غر المحال لكونه يطعم فلس للمحال عليه أو بطانين حقه قبله ولم يطعم المحال بذلك » (٢) •

أما الحنابلة ، فلا يجوز عندهم رجوع المحال على المحيل •

فقد نصت المادة ١١٨١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أنه « متى صحت للحوالة برئت ذمة المحيل من المحال به وليس للمحتال الرجوع عليه » ومفهوم ذلك أن براءة المحيل

(٥٢) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للعلامة الفتية علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، مشار إليه من قبل ، الجزء السابع ، ص ٣٤٤١ - ٣٤٤٢ •

واستند الحنفية إلى ما روى عن سيدنا عثمان رضي الله عنه أنه قال في المحال عليه إذا مات مقلبا عاد الدين إلى ذمة المحيل وقال : لا توى على مال لغيره مسلم وعند شريح مثل ذلك ذكره محمد في الأصل ولم ينقل عن أحد من الصحابة خلافة فكان لاجئا ولأن الدين كان ثابتا في ذمة المحيل قبل الحوالة •

(٥٣) قولين الأحكام الشرعية لابن جزي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٥٥ •

هي مطلقة بحسب الأصل • وعلى الرغم من ذلك نصت المادة ١١٨٢ من هذه
المجلة على أنه « إذا رضى المحتال بالحوالة من ظنه مليئاً أو جهل حاله
من غير اشتراط ملائته برئت ذمة المحيل وليس للمحتال الرجوع عليه أما
إذا لم يصدر منه الرضى كان له الرجوع على المحيل » •

ونستخلص من انه يمكن للمحتال ان يرجع على المحيل اذا ثبت
ان المحال عليه مصر ولم يكن المحتال (للذى يجهل حالة المحال عليه
ولم يشترط ملائته) قد رضى بالحوالة • ولا يفوتنا الا اذا لم يكن المحال
عليه مليئاً (م ١١٧٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد
ابن حنبل) •

وعند الشافعية ، لا يجوز ايضاً ان يرجع المحال على المحيل ،
لأن الحوالة « اما أن تكون تحويل حق لو بيع حق وايهما كان وجب
ان تبرأ به ذمة المحيل وان أحاله على مليء فافلس أو جحد الحق
وحلف عليه لم يرجع الى المحيل لأنه انتقل حقه الى مال يملك بيعه
فسقط حقه من الرجوع » (٣) •

(٣) المذهب للشيخ الرازي ، مشار اليه من قبل ، للجزء الاول ، ص ٣٤٥ •

الباب الرابع

انقضاء الالتزام

٢٨٥ - تهديد وتقسيم :

ذكرنا في تقديم هذه الدراسة أننا سوف نتصدى فيها للالتزام على مرحلتين • الأولى ونواجه فيها الالتزام في حياته • وفى الثانية نواجه الالتزام في مماته •

وعن الالتزام في حياته ، فقد عرضنا لأثاره ، وما يمكن أن يلحقه من أوصاف ، وكيفية لنتقاله • أما عن الالتزام في مماته ، فإننا نقتسول بالدراسة أسباب انقضاء هذا الالتزام •

• عن هذه الأسباب نقول : أن الأثر الجوهري للالتزام هو تنفيذ الأصل في هذا التنفيذ أن يكون اختياريا ويتم بالوفاء بهذا الالتزام • والوفاء على هذا النحو بقدر ما هو أثر للالتزام ، فإنه الطريق الطبيعي لانقضائه • فضلا عن ذلك ، فإن الالتزام يمكن أن ينفذ أيضا بمدة طرق أخرى غير الوفاء به ، وهذه الطرق منها ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء ، ومنها ما لا يوفر ذلك للدائن ، وعن الأولى فهو الوفاء بمقابل والتجديد والائابة والمقاصد واتحاد الذمة ، وعن الثانية فهي الإبراء واستحالة التنفيذ ومنع سماع الدعوى بمرور الزمن (للتقادم) •

٢٨٦ - خطة البحث :

ونبحث انقضاء الالتزام بالوفاء ثم بما يعادله وبما لا يعادله • كل ذلك في فصول ثلاثة على التوالى :

الفصل الأول : للوفاء •

الفصل الثانى : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء •

الفصل الثالث : انقضاء الالتزام دون وفاء •

(هـ) راجع في تقسيم أسباب انقضاء الالتزام :

للمنهورى ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٢٥٢ ، ص ٦٢١ وما بعدها •

ويلاحظ أننا أخذنا في تقسيم أسباب انقضاء الالتزام بالتقسيم الذى انتهجه المرح

الحنفى الكويتى •

الفصل الأول

الوفاء

LE PAIEMENT

٢٨٧ - تقسيم :

يقصد بالوفاء بالالتزام بتنفيذه اختياراً (١) . ولذا كان الاصل عدم معاوضة الدائن لذلك ، فقد يحدث الاعتراض الذي يتصور منه اجبار هذا الدائن على قبول الوفاء الذي يتم بإرادة الموفى . ونبحث للوفاء في النقاط التالية :

- أطراف الوفاء .
 - موضوع الوفاء .
 - الوفاء بإرادة الموفى وحده .
 - ظروف الوفاء .
 - آثار الوفاء .
 - الوفاء في الفقه الاسلامي .
- ونخصص لكل منها مبحثاً مستقلاً .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 552, p. 600, n. 553, p. 600-601.

(١) راجع في التكليف القانوني للوفاء :

للسنهوري ، المرجع السابق رقم ٢٥٧ . ص ٦٢٥ وما بعدها .

وراجع في موضوع الوفاء بصفة عامة :

GAUDIN DE LA GRANGE (E.) et RADOUANT (J.) : "PAIEMENT"

répertoire de droit civil 2 éd Mise a Jour, 1979, T.V.

المبحث الأول

أطراف الوفاء

LES PARTIES AU PAIEMENT

أولا - الوفاء

٢٨٨ - قاعدة واستثناء :

الأصل أن يقوم الدين بنفسه بالوفاء بالتزامه • واستثناء على ذلك يمكن أن يقوم بالوفاء شخص آخر غير المدين • فقد نصت المادة ٣٩١/١ مدني كويتي على أن وفاء الدين يكون من المدين كما يصح مع له حق الطول القانوني محل للدائن وفقا للمادة ٣٩٤ (١) •

وتبعاً لذلك ، فإن الوفاء كما يكون من المدين نفسه يكون أيضاً مع ينوب عنه مثل الوكيل • كما يمكن أن يقوم بالوفاء من حيثهم المادة ٣٩٤ ومع أشخاص لهم حق للطول القانوني بموجب هذا النص • كما لو كان الوفاء ملزماً بالدين مع المدين أو كان دالئاً وفي دالئاً آخر مقحماً عليه بما له من تأمين عيني • وسوف نعرض لهذه الحالات تفصيلاً فيما بعد بمناسبة آثار الوفاء • وفي حالات الوفاء المتقدمة ، من المدين أو غيره ، ليس للدائن - بحسب الأصل الاعتراض على الوفاء • ويجوز له هذا الاعتراض استثناء على الأصل السابق في الحالات التالية :

١ - إذا كان هناك اتفاق يقضى بوجود قيام المدين بنفسه بالوفاء • (م ٣/٣٩١ مدني كويتي) •

٢ - إذا كانت طبيعة الالتزام تستوجب أن يتولى المدين بنفسه أمر تنفيذه والوفاء به • كما لو كان من الأعمال التي تستوجب التدخل للشخص لهذا المدين كما ذكرنا عند دراسة الغرامة التمهيدية • (م ٣/٣٩١ مدني كويتي) •

(١) راجع حكم المادة ٣٣٣ مدني مصري •

٣ - يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض (م ٢/٣٩١ مدني كويتي) .

ومعنى ذلك أنه ليس للمدين أن يجبر الدائن على قبول الوفاء منه ، إلا أن الدائن يمكنه قبول هذا الوفاء رغم اعتراض المدين .

٢٨٩ - شروط الوفاء :

استوجبت المادة ١/٣٩٢ مدني كويتي (١/٣٢٥ مدني مصري) أن يكون مالكا للشيء الذي وفي به وأن يكون اهلا للتصرف فيه . فيشترط أولا أن يكون الوفاء به مملوكا للموفي . فإذا لم يكن للموفي له أن يطلب بطلان الوفاء وأن يرد الشيء ويكون له أن يطلب المدين بالوفاء بشيء مملوك له . ويشترط ثانيا توافر الأهلية لدى الموفي . ويختلف الأمر بحسب ما إذا كان الموفي هو المدين أو غيره . فإذا كان هو المدين ، تعين أن تتوفر في جانبه أهلية التصرف والا كان وفاؤه قابلا للإبطال . ومع ذلك فالوفاء من ناقص الأهلية بشيء مستحق عليه يكون صحيحا ، إذا لم يلحق الوفاء ضررا به (م ٢/٣٩٢ مدني كويتي - م ٢٢٥ مدني مصري) . وتفسير ذلك ، أن المدين وقد وفى بالالتزام وهو ناقص الأهلية ، فإنه يكون قد قام بتصرف يمكن إجباره عليه إذا لم يتم به اختيارا . ومن ثم فإنه إذا طلب إبطال الوفاء لنقص أهليته فإن ذلك يتعلق بوفاء اختياري قام به ويمكن للدائن أن يجبره على التنفيذ والوفاء . وعليه فالمدين الموفي ناقص الأهلية ليس له مصلحة في طلب إبطال الوفاء ، وإذا طلبه لا يحكم له به لانعدام المصلحة والمصلحة مناط الدعوى (١) . ويظل الوفاء صحيحا وينتفى به الالتزام . كل ذلك إلا إذا ترتب على وفاء المدين وهو ناقص الأهلية ضرر . كما لو وفى قبل حلول الأجل . إذ في هذه الحالة تكون له مصلحة في طلب إبطال الوفاء لنقص أهليته .

أما إذا كان الموفي غير المدين ، وجب توافر أهلية التصرف لديه إذا لم يقصد التبرع للمدين ، إلا إذا قصد من الوفاء للتبرع لهذا المدين تعين أن تتوفر أهلية للتبرع .

٢٩٠ - رجوع الموفي إذا كان شخصا آخر غير المدين :

وبالوفاء ينقضى الالتزام . لكن إذا كان الموفي غير المدين كان له الرجوع

(٢) محمد لبيب شبيب ، المرجع السابق ، رقم ١٧٨ . ص ١٥٦ راجع في المعنى أيضا
المذكور 'الإصلاحية للقانون المدني الكويتي' ص ١٩٦ .

على المدعى بقدر ما دفع ونصت على ذلك المادة ١/٣٩٣ مدنى كويتى (م . ١/٣٢٤ مدنى مصرى) * وفى الواقع فان هذا الرجوع يفترض ان ذاك الموفى ليس متبرعا *

ويلاحظ انه يجوز للمدين الذى حصل الوفاء دون علمه أو رغم إرادته ان يمنع رجوع الموفى بما وفاه عنه كلاً أو بعضاً لذا أثبت ان له مصلحة فى الاعتراض على الوفاء * ونصت على هذا للحكم المادة ٢/٣٩٣ (م . ٢/٣٢٤ مدنى مصرى) * ونظهر مصلحة المدين فى الاعتراض جلية اذا كان قد سبق له أن وفى للدائن أو كان يريد التمسك بالمقاصة القانونية فى مولجته * ويكون الرجوع فى جميع الاحوال بدعوى الفضالة أو الاثراء *

ثانياً - الموفى له

٢٩١ - الأصل ان يكون الوفاء للدائن أو نائبه :

تقرر المادة ١/٣٩٦ من القانون المدنى الكويتى القاعدة فى هذا الشأن بقولها « يكون الوفاء للدائن » * والقاعدة تضمنتها أيضاً المادة ١/٣٢٢ مدنى مصرى إذ قات « يكون الوفاء للدائن أو نائبه » (٢) ويلاحظ ان المشرع لم يستطرد الى شروط اعلية الموفى له اعتناء بما جاءت به القواعد العامة بشأن تصرفات ناقص الاعنية * وعلى كل حال * فانه من المتعين ان تتوافر لدى الدائن اعلية استيفاء الدين والا كان استيفاءه قابلاً للإبطال * هذا اذا كان الوفاء للدائن * أما اذا كان الوفاء لنائبه ، كان من المتعين ان يكون الاستيفاء ضمن حدود النيابة *

وقد تناول المشرع فى المادة ٢/٣٩٩ مدنى كويتى (م . ٢٢٢ مدنى مصرى) فرضاً قضى فيه بصحة الوفاء الى من قدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ما لم يكن هناك اتفاق على الوفاء للدائن بشخصه أو لنائبه * وقد تفيا المشرع بذلك ان يجعل من المخالصة قرينه على أن من صحها له صفة فى استيفاء الدين ، على أن تنفى هذه القرينة بوجود اتفاق مسبق على أن يكون الوفاء للدائن بنفسه أو لمن ينوب عنه * اذ يتعين عنقذ على المدين ان يرفض الوفاء حتى يستوثق من صفة من بيده المخالصة *

(٢) راجع فى القانون المدنى الفرنسى *

٢٩١ - براءة ذمة الوفي استثناء بالوفاء لغير الدائن أو نائبه :

ذكرنا ان القاعدة ان يكون الوفاء للدائن أو نائبه ومقتضى هذه القاعدة ان الوفاء لغير الدائن أو نائبه لا يكون مبرراً للذمة . واستثناء على ذلك نص ثنائون المحنى على حالات ثلاثة تبرا فيها ذمة المحين على الرغم من ان الوفاء قد حصل لغير الدائن ونائبه . وقد ضمن المشرع المحنى الكويتى هذه الحالات نص المادة ٤٠٠ م ٢٢٢ محنى مصرى) وهى على النحو التالى :

١ - تبرا ذمة المحين اذا وفى لغير الدائن ونائبه اذا اقر لدائن هذا للوفاء .

٢ - تبرا ذمة المحين بالوفاء للحصول لغير الدائن ونائبه اذا عادت على الدائن منفعة من هذا الوفاء . وتبرا ذمة المحين بقدر هذه المنفعة . مثال ذلك ان يوفى المحين لشخص كان دائناً للدائن باعتبار ذلك استيفاء لحق هذا الشخص قبل دائن هذا المحين . وهذا يفترض بطبيعة الحال ان هذا الشخص له حق التقدم على سائو دائنى هذا الدائن .

٣ - اذا تم الوفاء بحسن نية لشخص ظاهر بمظهر الدائن . وقد نصت على هذا الحكم ايضا المادة ١٢٤٠ من القانون المحنى الفرنسى . ويشترط للفقهاء الفرنسى ان يكون الوفي حسن النية حتى تبرا ذمته(*) .

(٤) راجع

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 558, p. 504.

وراجع ايضا للحالة الاولى والثانية في المادة ١٢٣٦ محنى فرنسى .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 559.

المبحث الثاني

موضوع الوفاء

٢٩٢ - يتعلق البحث هنا بالاجابة عن تساؤل : بم يلتزم المدين في وفاقته ؟ نتحدد الاجابة عن هذا التساؤل وفقا لقاعدتين هما الأساس :

الاولى : وتقتضي بوجوب وفاء المدين بالشئ المستحق والثانية وتخص عدم جواز تجزئة الوفاء .

٢٩٣ - قاعدة وجوب الوفاء بالشئ المستحق (١) :

ضمن المشرع المدني هذه القاعدة المادة ٤٠٥ مدني كويتي ونصها كالآتي « يكون الوفاء بالشئ المستحق فليس للمدين أن يفي بغيره بدلا عنه ، بدون رضا الدائن ، ومعنى ذلك أن الشئ المستحق أصلا هو الذي به يكون للوفاء . إذ لا يجبر الدائن على قبول للوفاء بشئ آخر بدلا عنه . وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٣٤١ مدني مصري . وتبعا لذلك ، فإذا كان التزام المدين هو للقيام بعمل مثلا ، تعين عليه أن يقوم بالعمل ذاته دون غيره ، وكذا الأمر إذا كان للتزله بامتناع عن عمل . إذ يكون قد وفا بالالتزام بالامتناع عن اتیان العمل محل الالتزام بالامتناع . وتطبيقا لذلك أيضا - على سبيل المثال - فإنه إذا كان المدين ملتزما بإداء مبلغ نقدي لن يتحقق الوفاء الا اذا أدى هذا المدين المبلغ كما هو محدد في مصدر التزامه به . وغير خلف أن قاعدة وجوب الوفاء بالشئ المستحق لا تنطبق بالنظام للمام إذ يمكن الخروج عليها بالاتفاق . وفي هذه الحالة - حيث يقبل الدائن البديل - نكون بصدد وفاء بمقابل . »

٢٩٤ - قاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء :

ذكرنا أن الأصل هو وجوب وفاء المدين بالشئ المستحق عليه دون غيره . والمدين إذ يجب عليه ذلك ، فإنه يقتضي عليه للوفاء بكل للشئ .

(١) راجع :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 561, p. 604-605.

GAUDIN DE LA GRANGE et RADOUANT : op. cit., n. 91.

المستحق * اذ لا يجوز له ان يجبر ادائن على قبول الوفاء بجزء من هذا المستحق * فالوفاء على هذا النحو يحض لقاعدة عدم التجزئة * وقد نصت المادة ١/٤٠٦ مدني كويتي * على انه لا يجوز للمدين ان يجبر للدائن على ان يقبل وفاء جزئيا لحقه * * * (م ١/٣٤٢ مدني مصري) * وقد خرج المشرع على هذه القاعدة (* بان اجاز للدائن والمدين الاتفاق مقدما على تجزئة الوفاء (م ١/٤٠٦ مدني كويتي - ١/٣٤٢ مدني مصري) * اضافته الى ذلك ، فقد اضاف المشرع في المادة ٢/٤٠٦ مدني كويتي (١/٣٤٢ مدني مصري) * يمكن ان ينصوره اجازة للدائن بالنزول عن حقه في التمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء * فقد نصت المادة المذكورة على انه اذا كان الدين منازعا في جزء منه وقبل للدائن ان يستوفي الجزء المعترف به فليس للمدين ان يرفض الوفاء بهذا الجزء * ومعنى ذلك انه ليس للمدين ان يتمسك بقاعدة عدم تجزئة الوفاء وصولا منه الى رفض الوفاء - ولو بالجزء المعترف به - مستندا في ذلك مثلا على ان النزاع لم يحسم بعد ويجب للتريث * وفي هذا الصدد فله والدائن قد نزل عن حقه في التمسك بمهم للتجزئة بقبوله الوفاء بالجزء المعترف به ، فاننا نفيه اولا الى ان الوفاء الجزئي يتم هنا بعيدا عن الاتفاق * وثانيا ان الامر ليس من قبيل الاستثناء على قاعدة عدم تجزئة الوفاء * لان الاستثناء عليها يفترض - في نظرنا - ان الظروف متاحة للوفاء بكل المستحق واهم عنصر في هذه الظروف خلو الدين من النزاع * اما ان يكون الدين متنازعا في جزء منه فانه لا يأخذ وصف للدين الا ما هو معترف به * وبناء على هذا يمكننا القول ايضا ان الوفاء هنا ليس جزئيا بل هو وفاء بكل ما هو ثابت في ذمة المدين وهو للجزء المعترف به * سيما اذا

(٢) وقد يكون الخروج على قاعدة عدم تجزئة الوفاء بنص قانوني ايضا الى جانب الاتفاق وذلك كما جاء في عجز للفترة الاولى من المادة ١/٤٠٦

راجع امثلة على الخروج بالنص : محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٢ ، ص ١٦٢ .

راجع ايضا في الاستثناءات للقانونية على عدم تجزئة الوفاء :

للمنهوري ، التوسيط ، ج ٣ ، رقم ٤٥١ ، ص ٧٦١ - ٧٦٢

ونذكر منها القليلة - وهي اذ تؤدي الى انتضاء الدينين بقدر الاول منهما ، فان الوفاء بالجزء الباقي من الدين الاكبر يمد وفاء جزئيا *

ولرجع المادة ٢/٤٢٨ من القانون المدني الكويتي بخصوص هذا الاثر المتعلقة (م ٢/٣٦٥ مدني مصري) * وسوف نعرض لها تفصيلا فيما بعد في باب انتضاء الالتزام - ومن الاستثناءات ايضا المانع بالتقسيم في حالة تمديد للكلام بعد ولحد وكثروا غير متصلين م ١/٧٥٩ مدني كويتي (م ١/٧٩٢ مدني مصري) *

أدركنا مفهوم الدين في الفقه الاسلامي كما يلي : « الدين : هو ما ثبت في
الذمة » ونصت على ذلك المادة ١٩٠ من مجلة الأحكام للشرعية على مذهب
الامام احمد بن حنبل *

٢٩٥ - نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء :

ان للنطاق الحقيقي لقاعدة عدم تجزئة الوفاء انما يحدد بحالة
يكون فيها للدين واحدا وما يعرضه المدين لا يكفي وفاء بأصل هذا الدين
أو به وملحقاته ان وجدت مثل المصروفات (٢) * ولكن تثور صعوبة في
الحالة الأخيرة حيث يكون على المدين ان يوفى - على جنب اصل الدين -
ببعض المالحقات مثل المصروفات ، ولكن ما قدمه للوفاء لا يغطي الاصل
والمالحقات اذ كيف يتم خصم ما وماه المدين في هذه الحالة وصولا الى تعيين
ما تم الوفاء به من هذا الاصل وتلك المالحقات ؟

تصدى المشرع لهذه الحالة في المادة ٤٠٧ مدني كويتي بقسواه :
« اذا كان الدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتعويضات عن التأخير
في الوفاء وكان ما اداه لا يفي بذلك جميعه خصم ما ادى من مصروفات ثم من
التعويضات عن التأخير في الوفاء ثم من اصل الدين ما لم يوجد اتفاق
على غير ذلك » (٣) *

وتطبيقا لذلك ، فاذا كان اصل الدين الف ريال يلتزم المدين بالوفاء
بها اضافة الى مائتي ريال مصروفات ، كان مجموع الدين الفا ومائتي ريال *
فاذا دفع المدين تسعمائة ريال منها يجري للخصم كما يلي : يخصم مما
دفعه أولا المصروفات ويعتبر قد وفى بها كلها * ليكون للباقي مما دفع هو
سهمائة ريال تخصم من اصل الدين الذي يبقى منه ثلاثمائة ريال *

الا ان هذا الترتيب في الخصم ليس من النظم للعالم اذ يجوز الاتفاق
- وعلى سبيل المثال - على ان يبدا الخصم من اصل الدين *

(٢) راجع قاعدة عدم تجزئة الوفاء في المادة ١٧٤٤ مدني فرنسي *

MARLY et RAYNAUD : op. cit., n. 562, p. 605.

(٤) راجع المادة ٨٤٣ مدني مصري *

٢٩٦ - تعيين ما تم الوفاء به من الديون حال تعددها :

وإذا كان نطاق قاعدة عدم تجزئة الوفاء يتحدد بحالة يكون فيها الدين واحدا على ما ذكرنا ، فإنه يخرج عن هذا النطاق بطبيعة الحال للفرض الذي تتعدد فيه ديون المدين لدائن واحد ولو كان ما أداه المدين لا يغطي كل هذه الديون . وعلى الرغم من ذلك فإن هذا الفرض قد يثير صعوبة في تعيين ما تم الوفاء من الديون تلك دون غيرها(*) .

وبدعى ، فلا محل لأي صعوبة إذا كانت للديون المتعددة مختلفة في جنسها . فإذا كان محل للتلزم - وهذا دين - يتمثل في دفع مبلغ نقدي إلى جانب التزامه تجاه نفس الدائن بالمبلغ يتسلم بضاعة وهذا دين آخر فإذا دفع المبلغ فقط أو سلم للبضاعة فإن أمر تعيين ما تم الوفاء به وما بقي منه لا يثير أي صعوبة . لكن الصعوبة في التمييز تنشأ إذا كانت للديون المتعددة من جنس واحد . كما إذا كان المدين ملتزما تجاه الدائن بأداء مبلغ نقدي معين وفاء لقرض وملتزم تجاه هذا الدائن بمبلغ مماثل باعتباره ثمنا لشراء شيء . فإذا قام المدين بأداء مبلغ منهما نشأت صعوبة في تعيين الدين الذي تم الوفاء به دون غيره .

تصحت لذلك المادة ٤٠٨ من القانون المدني الكويتي (م ٣٤٤ مدني مصري) ونصت على أن للمدين أن يمين عند الوفاء للدين الذي يريد الخصم منه ما لم يضمنه اتفاق مسبق من ذلك أو يحول بينه وبين حقه في التعيين مانع قانوني . ومثال المانع القانوني أن يكون دين منها لم يحل أجله ولاجل مقرر لصحة الدائن . إذ لا يجوز للمدين أن يختار الوفاء به(*) .

وعلى الرغم من ذلك ، قد يحدث ألا يقوم المدين بالتعيين . وتصدت لهذا الفرض المادة ٤٠٩ من القانون المدني الكويتي (م ٣٤٥ مدني مصري) ويجري نصها على التالي :

« إذا لم يمين الدين الذي تم الوفاء به على الوجه المبين في المادة ٤٠٨ ، كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تعددت الديون للحالة فمن

(٥) راجع في موقف القانون لدني الفرنسي :

AL, imputation des paiements.

CARBONNIER : op, cit., n. 128. p. 497 et S.

MARTY et RAYNAUD : op, cit., n. 606, p. 640 et S.

(٦) راجع : محمد نبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٢ ، ص ١٦٥ .

حساب أشدها كلفة على الدين فإذا تساوت الدينون في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدلائل ، •

ويتضح منها أن الوفاء يقع من الدين الذي حل • وذلك تمشيا مع نية الدين المفترضة وقت الوفاء دون تعيين • فإذا تعددت للدين للحالة فإن الوفاء يقع من أشدها كلفة على الدين تقديرا بأن ذلك هو الأصلح له والأكثر اتفقا مع قصده عند الوفاء دون تعيين^(٧) • كما لو كان أحد هذه الدينين يعرض الدين للحبس لذا لم يف به مثل دين النفقة • فإذا تساوت الدينون في شدة الكلفة ، كان للدائن - والفرض أن الدين لم يعين الدين الذي يفى به - أن يعين الدين الذي يقع الوفاء منه •

(٧) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ١٩٩ •

المبحث الثالث

الوفاء بمرادة الموفى وحده

٢٩٧ - قد يعتنع الدائن ودون مبرر عن قبول الوفاء . والمدين له مصلحة في أن يتم الوفاء ، فليس من شك في أن لمتناعاً مثل هذا من شأنه أن يلحق الضرر به . فلو كان المدين ملتزماً بتسليم شيء تفرع عن ذلك للالتزام بالمحافظة عليه . ولمتناع الدائن عن استلام الشيء يعني - لبتداء - استهراق الالتزام بالمحافظة على الشيء، قائماً في جانب هذا المدين . وفي هذا يتجسد الضرر .

وامتناع الدائن عن قبول الوفاء دون مبرر يعد تنافاً ويتخذ هذا التمتع عدة صور نظم المشرع من الإجراءات ما هو كفيلاً بالتعطل عليها . ونجت هذه الإجراءات وتلك للصور . .

٢٩٨ - أولاً : صور تمتعت الدائن :

تضمنت الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون المدني الكويتي في صرحها صوراً ثلاثاً لمتعت الدائن بامتناعه عن قبول الوفاء (م ٣٣٤ مدني مصري) فإما أن يرفض بغير مبرر مقبول الوفاء المروض عليه عرضاً صحيحاً وإما أن يرفض القيام بأعمال لا يتم الوفاء بدونها وإما أن يطن رفضه للوفاء .

وتتحقق الصورة الأولى :

لو عرض المدين على الدائن عرضاً فعلياً - ولو بدون اعلان رسمي - الدين بتمامه عند حلول الاجل وفي المكان المحدد للوفاء به ورفض الدائن . ويكفي لتحقيق هذه الصورة أيضاً مجرد ابداء المدين استعداداً للوفاء بالمدين على الوجه المتقدم فيرفض للدائن .

وتتحقق الصورة الثانية :

في حالة ما اذا لستلزم الوفاء تخخل الدائن بعمل من جانبه كما لو كان الدين واجب الوفاء في موطن المدين وأبى أن يسمى اليه . . .

وتتحقق الصورة الشائعة :

إذا بادر الدائن - وقبل أن يعرض المدين للوفاء - وأعلن أنه لن يقبل الوفاء إذا عرض عليه .

٢٩٩ - ثانيا : إجراءات لجبار الدائن على قبول الوفاء :

نظم القانون إجراءات للتغلب على تعنت الدائن بامتناعه دون مبرر عن قبول الوفاء ، وتتلخص هذه الإجراءات إجمالاً في الاعتذار والعرض الحقيقي ثم الإيداع ، وفي النهاية قبول الإيداع أو استصدار حكم بصفحة . وكما ذكرنا فإن المشرع قد استهدف بهذه الإجراءات التغلب على عنت الدائن برفضه قبول الوفاء ، وصولاً إلى إتمام الوفاء بإرادة المرفق وحده . ونفضل ما أجملتنا من هذه الإجراءات .

٣٠٠ - ١ - اعتذار المدين للدائن :

إذا رفض الدائن قبول الوفاء دون مبرر كان متعنتاً على ما ذكرنا . وإيا كانت صورة هذا التعنت يكون للمدين أن يصفه مسجلاً عليه هذا الرفض . والاعتذار على هذا النحو إجراء يسلكه المدين إذا شاء ، وصولاً إلى وضع الدائن موضع التقصير . ويكون الاعتذار بإعلان رسمي يسجل عليه فيه إحدى صور التعنت التي ذكرناها من قبل . ونصت على الاعتذار الفقرة الأولى من المادة ٤٠١ من القانون المدني الكويتي (م٠ ٣٣٤ مدني مصري) . ولذا تم الاعتذار ، حذبت المادة ٤٠١/٢ مدني كويتي عدة آثار تترتب عليه هي كما يلي :

(أ) انتقال تبعية الهلاك أو للتلف إلى عاتق الدائن . فلو كانت تبعية للهلاك على المدين أصلاً كما هو الأمر في العقود الملزمة للجانبين ، واعتذر المدين للدائن بعد رفضه تسلم الشيء ، ثم هلك الشيء بعد ذلك بقوة قاهرة ، انتقلت تبعية هذا الهلاك إلى الدائن بموجب النص المذكور وكثير لهذا الاعتذار .

(ب) يكون للمدين ، وكثير للاعتذار ، أن يطالب الدائن بتعويض إذا كان له مقتضى . كما لو أدى امتناع الدائن عن الوفاء إلى الإضرار بالمدين . والغالب وجود الضرر ، سيما إذا أدركنا - على ما ذكرت من قبل - أن للمدين مصلحة في تمام الوفاء .

(ج) يكون للمدين أيضا الحق في إيداع الشيء على نفقة الدائن ، كما سنرى عن الإيداع باعتباره إجراء للتغلب على عت الدائن .

وإذا أمعنا النظر ، وجعنا للنص الكويتي للسابق وإن كان يتفق ابتداءً - بشأن آثار الاعذار - مع النص المقابل من القانون المحدث المصري وهو نص المادة ٣٣٥ فإن الاتفاق ينحصر في اثرين دون ثالثهما . وما يختلف فيه النص المصري يتمثل في وقف سريان الفوائد كآثر للاعذار وذلك يفترض أن الدين واحد على ما ذكرنا ، فانه يخرج عن هذا النطاق بطبيعة الحال في المادة ٣٢٤ وقد حذفت عبارة « وقف سريان للفوائد جريا على احكام الشريعة الإسلامية بتحريم للفوائد الربوية » .

٣٠١ - ٢ - العرض الحقيقي :

للمدين أن يعرض الدين عرضا حقيقيا على دلائنه - نصت على ذلك المادة ٤٠٢ مدني كويتي (٣٣٩ مدني مصري)^(١) بقولها : « يقوم مقسم الوفاء ، عرض الدين عرضا حقيقيا ، اذا تلاه إيداع أو اجزاء بدله عنه وفقا لاحكام قانون المرافعات ، ثم قبله للدائن أو صعد حكم نهائي بصحته » . ويكون العرض الحقيقي وفقا لاحكام قانون المرافعات وتبعا لطبيعة العروض . اذ يقوم المدين بتسليم الشيء المستحق الى منحوب الاعلان (المضر) . الذي يقوم بتسليمه للدائن . فاذا كان تسليمه ميسورا في موطن الدائن تعين أن يجعله اليه منحوب الاعلان والا كلفه بتسلمه حيث يوجد (م ٢٩٩ من قانون المرافعات الكويتي) . ولذا ما قبل للدائن العرض على ذلك الوجه فيكون الوفاء قد تم اليه منذ اللحظة التي يقترن فيها القبول بالعرض .

ومع ذلك ، فانه قد يحول بين المدين وبين امكان التعرف على الدائن للوجب الوفاء اليه حائل ، فيتمسك لتخاذ اجراءات عرض الدين عرضا حقيقيا ، وكان لزوما لذلك فتح الباب امام المدين للخلوص من عبء الدين بايداعه مبشرة ايداعا غير مسبق بالعرض الحقيقي في الأحوال التي يتحقق فيها قيام ذلك الحائل ، وقد حصرتها المادة ٤٠٣ مدني كويتي (م ٢٢٨ مدني مصري) فيما يلي :

أولا : اذا كان المدين يجهل شخصية الدائن او موطنه .

ثانيا : اذا كانت اطلية الدائن مقيد او محكومة وليس له نائب يقوم عنه في استيفاء الدين .

(١) راجع العرض الحقيقي في القانون المصري : المنهوي ، المرجع السابق ، رقم

٤٣٣ ، ص ٧٣٧ - ٧٣٨ .

(٢) راجع الحكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ١٩٨ .

ثالثاً : اذا كان الدين محل نزاع بين عدة اشخاص ولم يتيسّر للمدين التفتيت من صاحب الحق فيهم .

رابعاً : اذا كانت هناك اسباب جعية لغير تدبر عدم اجراء العرض للحقيقي كما اذا كان المدين يطالب بالتزام مقابل لم يتيسّر له استيفاءه قبل تنفيذ التزامه^(٢) . كما لو كان المشتري راغباً في الوفاء بالثمن الى البائع ولكن البائع يمتنع عن الوفاء المقابل بالتصديق على توقيعه في عقد البيع تمهيداً لتسجيل العقد ونقل الملكية ، فلا يكون امام المشتري مفر من ايداع الثمن مباشرة على ذمة البائع مشروطاً بمحرم صرفه اليه بعد توقيعه على العقد^(٣) .

٣٠٢ - ٣ - ايداع والحراسة :

اذا لم يقبل الدائن العرض ، تعين اتخاذ اجراءات ايداع في قسانون المرافعات وتتم بايداع الشيء خزائنة ادارة للتنفيذ (خزائنة المحكمة في القسانون المصري) اذا كان المعرض نقوداً او غيره مما يقبل الايداع بالخزائنة . اما اذا كان الشيء المعرض غير ذلك تعين استصدار امر من القاضي بالايداع في مكان أمين . اما اذا كان المعرض شيئاً يستحيل على الايداع فان الاجراء للبدل هو استصدار امر للقضاء بوضعه تحت الحراسة . واذا كان الشيء المعرض من الاشياء التي يسرع ليها للتلف فيباع باذن القضاء ويودع الثمن للحصول من البائع^(٤) . (الملتحان ٣٠٠ ، ٣٠١ من قانون المرافعات الكويتي) .

٣٠٣ - ٤ - قبول الدائن العرض او صدور حكم بصحته :

تدعيود الدائن بعد اتمام الايداع ويقبل العرض ، كما أنه قد يظل على موقفه من رفض العرض والامتناع عن تسليم المعرض في الحالة الاولى بعد

(٢) الفكرة الايضاحية ، المرجع السابق .

(٤) راجع الفكرة الايضاحية للقانون الكويتي ، الموقع السابق .

وفي القانون المدني المصري ، راجع هذه الاحكام :

السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٤٢٤ ، ص ٧٣٦ - ٧٤٢ .

عبد القم للبحرلوي ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٢ ، ص ٣٦١ - ٣٦٢ .

راجع ايضا حكم المادة ٣٣٦ ، ٣٣٧

من القانون المدني المصري .

العرض وفاء، مبرئاً للذمة • وفي الحالة الثانية يكون للمدين أن يطلب من المحكمة الحكم بصحة العرض والإيداع • ونص المادة ٤٠٢ مدني كويتي (م • ٣٣٩ مدني مصري) ووضح في اعتبار قبول الدائن للعرض أو الحكم بصحة العرض والإيداع بمثابة وفاء • والوفاء يكون من التاريخ الذي تم فيه للعرض الحقيقي على الدائن فابتدأه بالرفض ولم يشأ أن يقبله في حينه (١) •

وبلاحظ أن المادة ٤٠٤ / ١ من القانون المدني الكويتي (م ١/٣٤٠٠ مدني مصري) قد أجازت للمدين أن يرجع في عرضه ما دلم لم يقبله الدائن وما دام لم يصدر حكم نهائي بصحته • فإذا رجع بقي الدين وملحقته في ختمته كما لا تنفك عنه ضماناته • ويكون الرجوع وفقاً لأحكام قانون المرافعات • أما إذا كان الدائن قد قبل العرض أو كان قد صدر حكم نهائي بصحته ، فإنه لا يجوز للمدين أن يرجع في العرض إلا بموافقة الدائن (م • ٤٠٤ / ٢ مدني كويتي - م ٢/٣٤٠ مدني مصري) •

(٥) راجع ، عبد الحميد الديرلوي ، المرجع السابق ، رقم ٣١٣ ، ص ٣١٢ - ٣١٣

(٦) الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي ، الموقع السابق •

البحث الرابع

ظروف اللؤاء

٣٠٤ - تقسيم :

نبحث في ظروف اللؤاء : زمانه ومكانه ونفقته وكيفية تثبته .

٣٠٥ - أولاً - زمان اللؤاء :

نصت المادة ١/٤١٠ من القانون المدني الكويتي (م ١/٢٤٦ ماضي مصري) على انه « يجب ان يتم اللؤاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام في ذمة الدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بخلافه » ، والمعنى الواضح للنص ، أن القاعدة هي وجوب اللؤاء بالالتزام فوراً أي بمجرد نشوئه وترتبه نهائياً في ذمة الدين^(١) . وهذه القاعدة تقتضى انه لم يتحدد أي أجل للؤاء بالالتزام ، فلذا تحدد الأجل بالاتفاق أو نص للقانون تعين ان يتم اللؤاء فيه . واستثناء من ذلك نصت المادة ٢/٤١٠ ماضي كويتي على انه : « يجوز للقاضي ، اذا لم يضمنه نص في القانون ان يخطر الدين الى أجل مناسب أو يقسط عليه الدين اذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق للدائن ضرر جسيم »^(٢) .

وولضح أن النص يتكلم عما نسميه نظرة الميسره^(٣)

وفي ضوءه يمكننا ان نستخلص عدة شروط ينبغي توافرها لتح الدين نظرة الميسره تلك :

(١) راجع حكم المادة ١٢٤٤ ماضي فرنسي .

MAZEAUD : op. cit., n. 906, p. 494.

MARTY et RAYNAUD : n. 735, p. 751 et S.

(٢) ويلاحظ ان الفترة التقية من المادة ٢٤٦ ماضي مصري تطبق للفترة التقية من المادة

٤١٠ ماضي كويتي ما عدا عبارة « أو يقسط عليه الدين » التي جاء النص المصري ظلها فيها .

(٣) راجع حكم المادة ١٢٤٤ ماضي فرنسي .

١ - ألا يكون منح المهلة في حالات حظر فيها المشرع منح هذه المهلة للمدين كما هو الحال بالنسبة للوفاء بالكميالة^(٤) .

٢ - أن تكون حالة الدين تستأهل لينثاره بالمهلة . وللقاضي تقدير ذلك في ضوء ما يحيط بهذا الدين من ملائسات وعلى الأخص حال كونه حسن النية أو غير ذلك . وعلى ذلك لا يجوز منح المهلة للمدين إذا كان سيئ النية وتعمد عدم الوفاء^(٥) كذلك لا يجوز منح المهلة إذا كان الدين قد قصير في الوفاء قصورا بينا أو كان مفسرا لا يرجي منه الاقتدار على الوفاء^(٦) .

٣ - ألا يكون من شأن منح المهلة للمدين إلحاق ضرر شديد بالدائن . فإذا كان في منح هذه المهلة ما يؤدي إلى الضرر الجسيم بالدائن ، كما لو اعتمد على استيفاء الدين للوفاء بحين عليه ، لما كان ذلك جافزا .

٤ - أن تكون المهلة الممنوحة معقولة . وتقلس بقدر ما هو ضروري ليقمك الدين من الوفاء^(٧) .

إذا تولفت للشروط السابقة ، جاز للقاضي أن يمنح للدين مهلة الوفاء ، بالقزله . ويترتب على منح هذه المهلة عدم جواز قيام الدائن باتخاذ إجراءات التنفيذ لاجبار الدين على الوفاء . فإذا كان قد بدأ فيها قبل منح المهلة يبقى قائما ما تم منها حتى أوقفت بمنح المهلة وكان ما وقع منها بعد ذلك باطلا .

(٤) من الموانع القانونية للمهلة القضائية ربح أيضا ما نصت عليه المادة ٢١٠ منى كويتي (١٥٨ منى مصرى) - وما نصت عليه المادة ٥٠٥ منى كويتي (م ٤٦١ منى مصرى) وقد أجاز النص الأول لطرق التمسك على اعتباره مضمونا من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وفي هذه الحالة لا يجوز للقاضي أن يمنح الدين أجل للوفاء . وفي النص الثانى وبالنسبة لبيع العقارات أو للمرض فاته يكون مضمونا دون حاجة إلى اعتذار إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن ولم يدفع . وحال عدم الدفع لا يجوز للقاضي أن يمنح الدين أجل للوفاء .

(٥) في هذا الحس ، السهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٢٦ ص ٧٨١ - محمد لبيب شطب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٤ ص ١٦٧ .

(٦) الفكرة الإصلاحية للقانون المحنى الكويتى . ص ١٩٩ .

(٧) السهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٢٢ ، ص ٧٨٢ وقد حكت المادة ٢/١٢٤٤ منى فرنسى المهلة بسنة واحدة لا تزيد . . . راجع في بيان ذلك :

MAZEAUD : op. cit., n. 909 p. 895.

ويلاحظ ان وقت اجراءات التنفيذ بمنح المهلة لا يمنع من اتخاذ الاجراءات
التنفيذية .

وتجدر الاشارة اخيرا الا ان اثر منح المهلة هو اثر نسبي ، لا يتعدى
الدين الممنوح من جهة والدائن الذى حكم في مواجهته بها من جهة اخرى .
فلا يستفيد منها اى مدين آخر ولو كان متضامنا وان كان يستفيد منها للكتيل .
كذلك لا تسرى في مواجهة دائن آخر ولو كان متضامنا مع الدائن الذى حكم
بالمهلة في مواجهته (٨) .

وتنقضى المهلة او نظرة الميسرة بما ينقضى به الاجل . اذ تنقضى بالاحول
اى بفسوت مدة المهلة وتنقضى ايضا بشهر اعمار المدين او لفاته وباضاماف
التأمينات التى قحمها للدائن (٩) .

٣٠٦ - ثانيا - مكان الوفاء :

نصت المادة ٤١٢ مدنى كويتى (م ٣٤٧ مدنى مصرى) على ما يأتى .

١ - يكون الوفاء في موطن الدين كما يجوز ان يكون في مكان عمله اذا
كان الالتزام منطبقا بهذا العمل .

٢ - ومع ذلك يكون الوفاء بتسليم شيء معين بالذات في المكان الذى
كان فيه وقت نشوء الالتزام .

٣ - وكل ما سبق ما لم يقض الاتفاق او للقانون او طبيعة الالتزام
بغيره .

وكما يبين من النص ، فانه يتمين للفرقة بين فرضين بخصوص تعيين
مكان الوفاء بالالتزام .

الفرض الاول :

وفيه يكون محل الالتزام شيئا معينا بالذات . حيث يجب الوفاء به في
المكان الذى كان هذا الشيء موجودا فيه وقت نشوء الالتزام . والاصل في

(٨) راجع ، السنهورى ، المرجع السابق ، رقم ٤٦٤ ، ص ٧٨٦ .

(٩) راجع ، مصدليبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٤ مكرر ، ص ١٦٩ .

هذا ان يكون الشيء له مكان ثابت • وهذا احتمال • لما اذا كان الشيء دلتهم
للتنقل وهذا احتمال ثان في هذا الفرض (كسيلة) فان الوفاء يكون في موطن
الدين لانه الاقرب احتمالا الى لركة المتماضين(١) •

الفرض الثاني :

وفيه لا يكون محل الالتزام معينا بالذات • كما لو كان تسليم شيء
غير معين بالذات أي شيء مثل أو كان عملا أو امتناعا عن عمل • حيث يكون
الوفاء في المكان الذي به موطن الدين وقت وجوب الوفاء • ويمبر عن ذلك بأن
الدين مطلوب لا محمول • أي على معنى ان يذهب الدائن الى الدين ليطلب
دينه منه وليس على الدين ان يحصل الدين الى الدائن(٢) •

وننبه الى ان تحديد مكان الوفاء في الفرضين السابقين على اساس
النص السابق انما يفترض ان هذا المكان لم يتحدد بالاتفاق •

٣٠٧ - ثالثا - نفقات الوفاء :

نصت المادة ٤١٣ من القانون المدني الكويتي على ان نفقات الوفاء تكون
على الدين الا اذا وجد اتفاق او نص في القانون او عرف يقضى بغير ذلك •
(راجع المادة ٢٤٨ من مصرى) •

والنص واضح في ان الاصل هو ان يتحمل الدين نفقات الوفاء
بالالتزام • والنفقات المقصودة في هذا المقام هي تلك التي تصرف في سبيل
الوفاء بالدين مثل ثمن الاشيك واجرة الوزن او الكيل ونفقات ارسال الدين
الى الدائن(٣) • وذلك ما لم يوجد اتفاق او نص او عرف يقضى بغير ذلك •

٣٠٨ - رابعا - اثبات الوفاء :

يقع عبه اثبات الوفاء على الدين • ولما كان الوفاء بعد تصرفا
قانونيا • فانه يخضع في اثباته للتواعد المقررة في اثبات هذه التصرفات •
ومفاد ذلك بطبيعة الحال انه يتعين اثبات الوفاء بالكتابة اذا كانت قيمة

(١٠) راجع ، عبد القم القيدلوى ، المرجع السابق ، رقم ٢٢٢ ، ص ٢٢٢ •

(١١) راجع ، محمد ليبي شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٨٥ ، ص ١٩٠ •

(١٢) الفكرة الابشاحية للقانون المدني الكويتي ، ص ٧٠٠ •

الالتزام تزيد على خمسمائة دينار كما نصت المادة ٣٩ من قانون الاثبات الجديد في الكويت (١٣) - ويقتدر الالتزام - تبعا لهذا النص - باعتباره قيمته وقت صدور التصرف بغير ضم المحقات الى الأصل .

ويلاحظ ، ان اثبات الوفاء بالكتابة يكون واجبا في الاطار المتقحم ولو كان هذا الوفاء جزئيا . وعلى ذلك ، لو قام الدين بالوفاء بجزء من الدين وجب عليه اثباته بالكتابة ولو كانت قيمة هذا الجزء اقل من خمسمائة دينار ما دام اصل الدين بجلوزما في قيمته ونصت على ذلك ايضا المادة ٣٩ سابقة الذكر في عجزها اذ قالت : « وتكون العبرة في اثبات الوفاء للجزئي بقيمة الالتزام الأصلي » وهو الحكم الذي نصت عليه المادة ٦٠ من قانون الاثبات في مصر (١٤) وقد تقيىا المشرع بهذا الحكم قطع الطريق امام الدين في التحايل على قواعد الاثبات وتمسكه بوفاء الدين مجزا الى اجزاء تتخلل في نصاب الشهادة . ومن ناحية اخرى فقد استهدف المشرع بهذا الحكم خفية الدين من محاولات الدائن استيفاء الدين على اجزاء في حدود نصاب الشهادة لكي يصل من ذلك الى قطع مرور الزمان .

وعلى حد ما جاء بالنص السابق ايضا ، فان وحدة المصدر القانوني للتصرف هي الأساس في تقدير قيمته بغض النظر عن تعدد الطلبات في الدعوى تبعا لتمدّد مصادرهما حتى وان كانت هذه للتصرفات من طبيعة واحدة ولتعدد التصرفات بين نفس الخصوم ، فاذا نشأت بين الطرفين ديون متعددة من مصادر متعددة تعين ان يستقل كل دين منها بجليل اثباته تبعا لقيمه . فاذا كانت القيمة خمسمائة دينار فاقبل جاز الاثبات بشهادة للشهود والا وجب الاثبات بالكتابة او ما يقوم مقامها (١٥) .

(١٣) وقد صدر قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية في الكويت بالموسوم بقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ / ٦ / ٤ ونشر بالمصدر رقم ١٣٠٧ من الجريدة الرسمية الكويت اليوم الصادر بتاريخ ١٩٨٠ / ٦ / ٢٥ وبدأ العمل به من اول نوفمبر سنة ١٩٨٠ .

(١٤) راجع للمؤلف : الاثبات : مذكرات على الآلة النسخة ، كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٧٦ - ١٩٧٧ .

راجع ايضا المادة ٤٢ من مشروع قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية على اسس الشريعة الاسلامي في مصر .

(١٥) راجع الفكرة الايضاحية لقانون الاثبات الكويتي .

وبالنظر الى انه يقع كثيرا في العمل وبخاصة في حالة الوفاء بجزء من الدين ، أن يؤشر الدائن على السند بكل دفعه أو قسط يستأده من الدين ، ويستبقى التوقيع حتى سداد الدين بأكمله ، كما يحدث أن الدين إذا كان بيده نسخه من السند أو مخالصة بقسط سابق من الدين دون أن يتطلب توقيع الدائن انتظارا الى حين الوفاء بباقي الدين ، ولذلك وتحقيقا للمساواة المقصودة عادة من التعامل على ذلك الوجه فقد ضمن المشرع للكويتي المادة ٢١ من قانون الاقبالت حكما يقضي بأن تأشير الدائن ببراءة الدين في مثل تلك الأحوال ولو لم يكن مذكرا بتوقيعه يعتبر قرينة بصيغة على الوفاء متى توافرت ظروف معينة تحصل على الاعتقاد بصحة الوفاء المؤشر به .

وتقوم القرينة في حالتين . في الأولى يوضع الدائن بالوفاء على نسخه الأصلي ويغير أن يوقع على ذلك لتأشير . وفي الثانية يؤشر الدائن بالوفاء على نسخة أصلية أخرى للسند أو على مخالصة والنسخة أو المخالصة يمسد للمدين (١٦) .

(١٦) راجع الفكرة المفصلة في قانون الاقبالت الكويتي .

البحث الخامس

آثار الوفاء

٣٠٩ - تمهيد وتقسيم :

رأينا أن الوفاء بالالتزام ولئن كان أثرا من آثاره إلا أنه يمد - وبفهم القدر - سببا لانقضاءه . ولذا ، كان حرص المشرع المدني على تناوله وهو يتكلم عن انقضاء الالتزام وهذا بدعي . إذ الأثر الطبيعي للوفاء بالالتزام هو انقضاؤه . وهذا الأثر إذا تحقق ومن ثم تبرأ ذمة الدين تجاه الدائن ، فإنه يكون سواء كان الموفى هو الدين أو شخص آخر غيره . . . ويلاحظ أن الوفاء ، في الحالة الأخيرة يحتاج إلى وقفة . فإذا كان الوفاء غير المدين متبرعا انتهى الأمر عند براءة ذمة الدائن تجاه الدائن والأصل أيضا براءة ذمته تجاه الغير الموفى لأنه متبرع . أما إذا لم يكن هذا الغير متبرعا فليس من شك في حقه في الرجوع على الدين بما قدم للدائن . وقد يستفاد في رجوعه لها على دعوى شخصية هي دعوى الفسخ لأن عملية الوفاء من غير المدين هي في ذاتها من أصل الفسخ^(١) وإما أن يستفاد في رجوعه على دعوى الإثراء . ومع هذا للرجوع فإن هذا الغير الموفى قد يجابه خطر ضياع التامينات التي كانت تضمن الوفاء بحق الدائن تجاه الدين . وتفسير ذلك أن القرض المدين بأن يؤدي للغير ما وفاه للدائن إنما يمكن أن ينظر إليه على أنه دين جديد للموفى مستقل عن ذلك الذي تم الوفاء به للدائن . وعليه ، فإنه إذا كان الالتزام الموفى به مضمونا بتأمينات شخصية كانت أو عينية فإنها تنقضي مع انقضاء الالتزام بالوفاء به رستم لا يستفيد منها الغير الذي لوفى عن الدين لضمان الدين للجديد^(٢) . وقد تصدى

(١) راجع محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم ١٩٤ صفحة ١٧٧ .

(٢) راجع في هذا لتطيل محمد لبيب شنب ، المرجع السابق .

راجع أيضا :

MAZEAUD : op. cit., r. 843, p. 843.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 607, p. 642.

فأشعر المعنى لهذا الخطر بتنظيم ما يسمى « الوفاء مع الطول » ومؤداه أنه إذا كان الوفاء غير المدين ، فإن وفاء مثل هذا وإن كان يبرئ ذمة المدين تجاه الدائن ، فإنه يبقى على هذه الذمة مشغولة بالمدين تجاه الغير الوفاء ، الذي يحل محل الدائن إما بالاتفاق أو بنص القانون ، ليكون الطول على هذا النحو اتفاقياً أو قانونياً • وهو طول شخصي^(٢) ونبحث الطول الاتفاقي ثم الطول القانوني وأثارهما • كل ذلك في مطالب ثلاثة على التوالي •

(٢) راجع في صور الطول الشخصي :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 608.

المطلب الأول

الحلول الاتفاقية

LA SUBROGATION CONVENTIONNELLE

٣١٠ - تعريف :

الحلول الاتفاقية عبارة عن حلول للغير الوفي محل الدائن وذلك بموجب اتفاق معه أو مع الدين وبمقتضى هذا الحلول يكون لهذا الغير الوفي أن يطالب المدين بما كان في حقه للدائن (١) .

وللحلول الاتفاقية على هذا النحو صورتان إذ يتم في الأولى باتفاق للغير الوفي مع الدائن بينما يتم في الثانية باتفاق هذا الغير مع الدين .

٣١١ - الحلول باتفاق للغير الوفي مع الدائن :

تتناول المشرع المعنى الكويتي هذه الصورة بالنص عليها في المادة ١/٣٩٥ إذ قال : « للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله حتى لو لم يقبل المدين ذلك ، على أن يكون الاتفاق واردا في محرر ثابت التاريخ لم يتأخر عن وقت الوفاء ، وهي الصورة التي نص عليها المشرع المعنى المصري في المادة ٣٢٧ .

وكما يتضح من النص ، فله يتمين توافر الشروط الآتية في هذه الصورة للحلول الاتفاقية :

١ - يجب أن يتم الاتفاق على الحلول بين طرفيه وقت الوفاء . ونقصد بذلك أولا أن نبرز طرفي الحلول الاتفاقية في هذه الصورة وهما للغير الوفي والدائن . إذ المدين ليس طرفا فيه . ليس هذا فحسب بل أن رضاه ليس بشرط واعتراضه على الحلول لا تأثير له . وثانيا : ألا يتأخر الاتفاق على الحلول بين طرفيه عن وقت الوفاء . ومنهونا لذلك هو الاتفاق على الحلول يمكن

PONSARD (A) BLONDEL (P.) " subrogation" repertione de
droit civil, 1979, T. VII.

ان يكون سابقا للوفاء أو معاصرا له . فالمرجع منع بالنص لتفاتها على الطول يكون لاحقا للوفاء . وعلة هذا المنع كما ذهب للبعض ، ان الالتزام ينقضى بالوفاء ، ولا يعقل أن يتفق بعد ذلك على لحلال الغير المبنى محل الدائن فيسه (٤) .

٢ - ان يكون الاتفاق على الطول في محرر ثابت للتاريخ والغالب ان يرد الاتفاق على الطول في المخالصة التي تثبت للوفاء ليكون الطول في معية للوفاء بالمخالصة تلك (٥) .

ونود ان نشير - في عجلة - الى وجوب عدم اللط بين الوفاء مع الطول في هذه الصورة وحالة الحق من ناحية وحالة الحق من ناحية اخرى . ونوجز للفروق بينهما فيما يلي :

أولا : على الرغم من أن هناك تشابها بين الوفاء مع الطول في هذه الصورة وحالة الحق ، فإن الاختلاف بين بينهما . فالوفاء مع الحلول في الصورة التي نحن بصددنا يتم بالتفاهق للدائن المستوفى وللغير الموفى كما هو الأمر في حالة الحق . وتعتقد - على ما مرينا - باتفاق المحل (الدائن) والمحل له . فلابد من رضا الدائن فيهما بينما رضا الدين غير ضروري . ومع ذلك - وهو موقع للاختلاف بينهما - فإن حالة الحق لا تكون نافذة في حق الدين أو الغير الا بطمه والطم يكون بالقبول أو الاعلان كما رأينا من قبيل بخلاف للوفاء مع الطول وهو نافذ في حق الدين وفي حق الغير دون أي لجرام (٦) .

ثانيا : يختلف الوفاء مع الطول أيضا عن حالة الحق في رجوع الموفى والمحل له بحتهما . فالوفى له في رجوعه على الدين دعويان : دعوى للحق الذي لنقل اليه وبمقتضاها يطلب بحسن الدائن ، ودعوى شخصية ناشئة عن واقعة الوفاء وتجد مصدرها في الوكالة أو التفاهة أو الإثراء

(٤) راجع محمد امين شبيب ، المرجع السابق رقم ١٩٦ ، صفحة ١٧٩ .

(٥) راجع : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 644.

(٦) المنعوري ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٤٠٧ ، صفحة ٧٠٦ .

راجع أيضا :

Le plus Souvent La quittonce subrogative est établie au moment du paiement et elle constate La simultanéité du paiement et de la subrogation.

بلا سبب فلموفق دعويان دعوى الطول والدعوى الشخصية . أما الحال له فليس له في رجوعه سوى دعوى واحدة هي دعوى الحق الذي انتقل اليه ولا يمكنه الرجوع على المدين بغيرها (٧) .

ثالثا : تفترض حوالة الحق غالبا ان شخصا يتقدم لشراء الحق اقل من قيمته ويرجع ذلك لمدة اسباب منها : ان يكون الحق مضاعفا لى اجل ولم يحل او ان هناك عقبات امام استيفاء هذا الحق ويتقدم للشخص (للحال له) لشراء للحق باقل من قيمته ويرجع على المدين بالقيمة كاملة . وواضح ان للمهدف من الحوالة على هذا النحو يتمثل في المضاربة والاستثمار بخلاف الوفاء مع الطول . لذ الغير الموفى يقوم بالوفاء غالبا بقصد اداء خدمة للمدين لذ يفي بالدين ولا يرجع على المدين الا عند الميسرة مثلا ، .

رابعا : يجد الوفاء مع الطول مصدره - بصفة عامة - اما في اتفاق او نص قانوني لذ للطول على ما ذكرنا طول اتفاق او قانوني . بخلاف حوالة الحق فليس لها من مصدر الا الاتفاق (٨) .

وخلاصة لما تقدم ، يمكننا القول بان حوالة الحق تختلف من الوفاء مع الطول ، الذي يتم باتفاق للطئن والغير الموفى ، من حيث التنفيذ والآثار والفرض والمصدر .

٣١٢ - الطول باتفاق الفرض مع المدين :

نص المشرع المعنى في التكوين على هذه للصورة في الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ من القانون المدني هناك لذ قال « وللمدين ايضا اذا تفرض مالا سدد به الدين ان يحل الفرض محل الدائن الذي استوفى حقه ولو بغير رضا هذا الدائن ، على ان يكون الاتفاق على الطول ولذا في محرر ثابت التاريخ ، وان يذكر في عقد القرض ان المال قد خصص للوفاء ، وان يبين في المخالصة ان الوفاء كان من المال المقرض من الدائن الجديد ولا يجوز للدائن الأصلي ان يفرض ادراج هذا البيان » . وهي الصورة التي تناولها المشرع المصري في المادة ٣٢٨ من القانون المدني . والمعنى الواضح للنص ان الطول يقع في هذه الصورة باتفاق الغير الموفى مع المدين على ان يقرضه مالا يوفى به الاخير (وهو المقرض) دين للدائن ، على ان يحل محله في حقه .

ويمكننا ان نستخلص عدة شروط للطول باتفاق في هذه الصورة كما يتضح من النص :

(٧) راجع : عبد القم البدرولى . المرجع السابق . رقم ٢٢٨ صفحة ٢٦٠ .
MARTY et RAYNAUD : op. cit.,
(٨) راجع

١ - أن يكون الاتفاق على الطول ولداً و محرر ثابت التاريخ كما هو الحال في الصورة الأولى للطول الاتفاقي وهو شرط لم يعرض له النص المصري المقابل من القانون المدني المصري (م ٣٢٨) .

٢ - أن يذكر في عقد القرض أن المال الذي اقترضه المدين قد خصص للوفاء بحق الدائن الذي يريد القرض للطول محله في حقوقه . وهو شرط تناولته صراحة المشرع المدني المصري في النص المذكور .

٣ - يجب أن يذكر في المخالصة الصادرة من الدائن الأصلي أن الوفاء كان من المال المختص من الدائن الجديد . وهذا الشرط ولئن ورد أيضاً في المادة ٣٢٨ من القانون المدني المصري إلا أن النص الكويتي قد تضمن حكماً جاء هذا النص المصري خالياً منه . إذ منع المشرع الكويتي في المادة ٢/٣٩٥ على الدائن الأصلي أن يرفض ذكر البيان السابق - مضمون هذا الشرط - في المخالصة الصادرة منه . وقد نقل هذا الحكم عن المادة ٣/٢١٠٢ من القانون المدني الإيطالي وذلك لازالة كل لبس في أن الدائن الأصلي يعتبر ممتثلاً عن قبول الوفاء لذا رفضت تلك الواقعة بالمخالصة مما يميز إجباره على قبول الوفاء بطريق العرض الحقيقي والإبداعي^(١) .

٣١٣ - التفرقة بين صورتى الطول الاتفاقي :

في التطبيق على نص المادة ١٢٥٠ من القانون المدني الفرنسي عرّض الأستاذة مازو لمييار للتفرقة بين صورتى الطول الاتفاقي . الطول باتفاق الغير الموفى مع الدائن وتضمنتها الفقرة الأولى من هذا النص والطول باتفاق الغير مع المدين وهو موضوع الفقرة الثانية من النص المشار إليه . ففي الصورة الأولى يقوم الغير بالوفاء مباشرة للدائن أما الثانية فيسلم فيها لغير المال المقترض للمدين الذي يقوم بجففة للدائن . وفي ضوء هذا التحليل عرض لمييار^(٢) للتفرقة بين الصورتين كما جاء في حكم دائرة المرافض بتاريخ ١٩٣٦/٢/٤ .

ومؤداه أن الحبرة بالشخص الذي تلقى المال من الغير . فإذا كان هو الدائن كتب في نطاق الصورة الأولى . بينما تكون في نطاق الثانية أو كان الشخص هو المدين .

(١) الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي . صفحة ١٩٦ .

MAZEAUD : op. cit., n. 845, p. 844.

(٢) راجع :

(١١) راجع حكم دائرة المرافض بمحكمة النقض الفرنسية والتطبيق عليه :

MAZEAUD : op. cit., Lectures, p. 854-855.

المطلب الثاني

الحلول القانوني

LA SUBRUGATION LEGAL

٣١٤ - حالات الحلول القانوني :

يكون الحلول القانوني في عدة حالات منح المشرع للموفا - في نطاقها - حق الحلول محل الدائن وعلى ما يبدو من هذه الحالات - كما ستعرض لها - فإن الموفا الذي يحل محل الدائن بقوة القانون هو دائما صاحب مصلحة في الوفاء بالدين للمدين ، وينبأ على ذلك خوله المشرع الوفاء بالدين رغم ادارة الدائن والمدين على السواء ويتم حله محل الدائن .

وقد ذكر المشرع المدني في الكويت اغلب هذه الحالات في المادة ٣٩٤ من القانون المدني هناك ونذكر هذه الحالات لجمالاً على النحو التالي :

- ١ - اذا كان الموفا ملزماً بالدين مع المدين او ملزماً بوفائه عنه .
- ٢ - اذا كان الموفا دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بماله من تأمين عيني ولم يكن للموفا اى تأمين .
- ٣ - اذا كان الموفا قد تملك شيئاً وادى للدين الدائن خصص الشيء لضمان حقه .
- ٤ - اذا كان هناك نص خاص يقرر للموفا حق الحلول .

وهي نفس الحالات التي تناولها المشرع المصري في المادة ٣٢٦ من القانون المدني مع اختلاف في الصياغة بالنسبة للحالة الثالثة بصفة خاصة ونفصل ما اجبنا .

SAVATIER : op. cit., n. 278. p. 337-338.

MAZEAUD : op. cit., n. 854-856, p. 848-551.

الحالة الأولى - إذا كان الموفى ملزماً بالدين مع الدين أو ملزماً بوفائه عنه :

تتحقق هذه الحالة الأولى للطلول للفتنوني عندما يكون الموفى ! ما ملزماً بالدين مع الدين كما لو كان مدينًا متضامناً ولما ملزماً بوفائه عنه كما لو كان كفيلاً شخصياً أو عينياً . إذ قد يكون لأى من هؤلاء مصلحة في درء مطالبة الدائن له بدفع الدين أمام القضاء .

الحالة الثانية - إذا كان الموفى دائناً ووفى دائناً آخر مقدماً عليه بما له من تأمين عيني :

وتفترض هذه الحالة أن الموفى دائن والمستوفى دائن آخر يتقدم عليه وهو إذ يتقدم فائده يكون متقدماً بماله من تأمين عيني ليس للموفى . كما يمكن أن يتقدم ولو كان للموفى تأمين عيني ما دام في مرتبة أقل . وقد قرر للشرع الطول للموفى في هذه الحالة حتى يمنع الدائن المتقدم في الترتبة من بيع المال المحل بالتأمين في وقت غير مناسب لأن الأسعار منخفضة مثلاً .

فلو كان (أ) مدينًا لكل من ب ، ج ، د بمبلغ نقدي وكان حق (ج) مضموناً بتأمين عيني مثل الرهن . فإن (ج) يكون مقدماً على سائر الدائنين في استيفاء حقه مما يبيح له بيع المال المرهون واستيفاء حقه من ثمنه بالأولوية . إلا أن (ب) قد يرى أن الثمن للمقارنات منخفضة ويخشى أن يقدم (ج) على بيع المال المرهون في هذا الوقت غير المناسب مما يضره . فقد لا يكفي الثمن لتخفيض الأمداد حق الدائن صاحب التأمين ، الأمر الذي يلجأ معه (ب) إلى أداء حق (ج) ويحل محله فيه بماله من تأمين ، ويصير الموفى دائناً بدلين مضمون بتأمين إلى جانب كونه دائناً عادياً بحقه الأصلي وهو عادي غير مضمون .

الحالة الثالثة - إذا كان الموفى قد تملك شيئاً وادى الدين لدائن خصم الشيء لضمان حقه :

وتتحقق هذه الحالة إذا لشترى شخص د شيئاً ، وللشيء مخصص لضمان حق دائن فيقوم بدفع ثمن الشيء لهذا الدائن حتى يتجنب للتنفيذ على المال ويتحقق الوفاء . فالوفى على هذا النحو - وعلى حد تعبير المادة ٣٩٤ مدني كويتي - قد تملك شيئاً وادى الدين لدائن خصم الشيء لضمان

حقه • أما النص المصري المقابل من القانون المدني وهو نص المادة ٣٢٦ فقد كانت صياغته لهذه الحالة المطول للقانوني كما يلي : « إذا كان الموفى قد اشترى عقاراً ودفع ثمنه لإثنين خصص العقار لضمان حقوقهم » • وقد استخدم المشرع المصري كلمة « عقار » بخلاف المشرع الكويتي الذي لم يخصص باستخدام كلمة « شيئاً » عقاراً لكن هذا الشيء أو منقولاً •

الحالة الرابعة - وجود نص خاص يقرر للموفى حق الطول :

من ذلك ما تنص به المادة ١/٨٠١ من القانون المدني الكويتي (١٢) من أن المؤمن - في التامين من الاضرار - يحل قانوناً بما آداه من تصويض في الدعوى التي تكون للمؤمن له قبل المسئول قانوناً عن الضرر المؤمن منه .

(١٢) راجع أيضاً حكم المادة ١٧١ مدني مصري في هذا الخصوص :

المطلب الثالث

آثار الحلول

٣١٥ - الطبيعة مزدوجة للوفاء مع الطول :

إن الوقوف على آثار الحلول نتيجة الوفاء إنما يحتاج إلى تحليل لطبيعة هذه العملية برمتها . وفي هذا الصدد نقول أن العملية تلك تتضمن وفاء في جانب منها . إذ لا شك في استيفاء الدائن الأصلي حقه من الموفى ونتيجة ذلك بطبيعة الحال انقضاء الحق بالنسبة لهذا الدائن هذا من ناحية . ومن ناحية أخرى فإن العملية المذكورة تتضمن أيضا - وهذا بجانب ثان - انتقالا للحق . وتفسير ذلك أن قيام الموفى بالوفاء وإن ترتب عليه انقضاء حق الدائن فلا يؤدي إلى مראה ذمة المدين الأصلي وهو لم يحم بالوفاء وتظل ذمته مشغولة بالمدين تجاه الموفى الذي يحل محل الدائن . وبخلاصة ذلك إن الوفاء مع الحلول عملية مزدوجة في طبيعتها ، وهي تنطوي على وفاء وانتقال للحق^(١) ومن خلال التطويل المتعمد يسهل علينا تحديد آثار الوفاء مع الحلول .

٣١٦ - الآثار الجوهرية للحلول ونتائجه :

يتمثل الأثر الجوهرى للحلول سواء كان لتفاديا أو قانونيا في صيرورة الموفى دائنا للمدين بذلت الحق الذي كان للدائن الذي استوفى حقه . وهذا الأثر الجوهرى - وترد عليه بعض القيود ويرتب عدة نتائج - ضمنه المشرع المادة ٢٩٦ مدني كويتي (م . ٢٣٩٠ مدني مصري) إذ قال :

« من حل قلتونا أو لتفاديا محل الدائن . كان له حقه بما لهذا للحق من خصائص وما يلحقه من تولى ، وما يكفله من تامينات وما يرد عليه من دفع . ويكون هذا للحلول بالفسخ الذي أداه من حل محل الدائن ، »

ومن هذا يتضح أنه يترتب على حلول الموفى دائنا بذلت الحق الذي كان للمستوفى عدة نتائج نبورها على النحو التالي .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 622, p. 654.

MAZEAUD : op. cit., n. 801, p. 854.

(١٣) راجع .

١ - ان الوفي وهو يحل محل الدائن المستوفى ، يفتقل اليه حق الأخير بماله من خصائص . فاذا كان الحق تجاريا انتقل كذلك . فللوفاء ، لا ينشئ للموفى حقا جديدا .

٢ - يكون للموفى ايضا حق الدائن المستوفى بما يلحقه من تالبع ويعتبر تابعا للحق ان يكون للدائن المستوفى حق اللطن في تصرفات الدين بالدعوى البوصية او ان يكون له حق الحبس ، حيث يكون للموفى اللطن بهذه الدعوى وتفتقل اليه العين المحبوسة من الدائن المستوفى^(١٤) .

٣ - يكون للموفى ايضا ان يستفيد بما كان يضمن حق الدائن المستوفى من تأجيلات ، سواء كانت شخصية مثل الكفالة او عينية مثل الرهن .

٤ - يكون للموفى اضافة الى كل ما تقدم . حق الدائن المستوفى ومن ايرد عليه من دفع فلو كان هذا الحق قد نشأ عن عقد باطل او قابل للابطال ، كان للمدين التمسك بهذا الدفع في مواجهة الوفي وهو الدائن الجعيد كما كان له ذلك ضد الدائن الاصلى الذى لستوفى . ولذا كان الحق المشار اليه قد انتضى لاي سببة مثل الوفاء او للتجديد او المقاصة او الإبراء كان للمدين التمسك بنقض الحق تجاه الوفي أيضا .

٣١٧ - القيود على حق الوفي في الحلول :

وكما الحنا من قبل ، فان الأثر الجوهري للوفاء مع الحلول ويتمثل في حلول الوفي محل للدائن المستوفى ، ترد عليه بعض القيود :

١ - يكون حلول الوفي بالقدر الذى اذاه . وقد تضمنت هذا القيد المادة ٣٩٦ مدنى كويتى سابقة الذكر (م ٣٢٩.٠ مدنى مصرى) . فلو قبل الدائن استيفاء متوقفا لحقه ورضى به وفاء كان حلول الوفي بهذا القدر الذى اذاه من ماله ، ومن ثم لا يجوز له الرجوع بالقيمة الاصلية للدين وهو اكبر بالطبع . وفي هذا يختلف الوفي في الوفاء مع الحلول عن المثال له في حوالة الحق فالمحال له يرجع بكل الدين فهو مضارب لشترى للدين بقيمة اقل من قيمته الحقيقية ليرجع بقيمة الدين كله^(١٥) .

(١٤) للسبحورى ب الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٢٩٢ صفحة ٦٩٠ .

٢ - إذا كان الوفي ملزما بالدين مع آخرين ولوفى بالدين كله ، فإنه يقتيد في رجوعه عليهم باستئصال حصته أولا ولا يرجع على كل منهم الا بقدر نصيبه ويتحقق ذلك في حالة الدين المتضامن او الدين مع آخرين بدين لا يقبل الانقسام .

٣ - إذا كان الوفي قد ادى للدائن جزء من حقه حل مطه في حدود هذا الجزء ، وبقي للدائن مقدما في استيفاء الجزء الباقي من حقه على الوفي الذي حل في الجزء المستوفى . ونصت على ذلك المادة ٣٩٧/١ منى كويتي (م . ١/٢٣٠ منى مصرى) ونرى أن ذلك يعد تطبيقا للتقيد الأول الذي يقيد رجوع الوفي بالتقيد الذي اداه . ويلاحظ هنا أنه يمكن أن يتقدم شخص آخر يقوم بوفاء للدائن للجزء الباقي من حقه بعد الوفاء الأول . وحل محل الدائن في هذا الجزء ، وتضمنت لهذا الغرض المادة ٣٩٧/٢ منى كويتي (٢/٢٣٠ منى مصرى) اذ قالت : « اذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجح من حل اخيرا هو ومن تقدمه في الطول كل يقدر ما هو مستحق له وتقاسما قسمة الغرماء » .

وتقديرا لذلك ، ان القاعدة الواردة في الفقرة الاولى بخصوص تقدم الدائن بالجزء الباقي له على من حل أولا وان كانت قاعدة مكملة يمكن الاتفاق على ما يخالف حكمها ، فان مقتضى الفقرة الثانية يمنع انتقال ميزة تقدم الدائن على من حل أولا - وهي الميزة المذكورة في الفقرة الاولى - الى الشخص الذي قام بوفاء الدائن للجزء الباقي وحل ثانيا . فمن حل أولا ومن حل ثانيا . كل منهما يرجح بقدر ما هو مستحق له وتقسم بينهما قسمة الغرماء .

٤ - إذا كان الوفي حائزا لمقام يضمن الوفاء بالدين وكان هناك حائزون آخرون لمقاربات اخرى تضمن الوفاء بنفس الدين ايضا ، فان الحائز الوفي لا يكون له ان يرجع على اى من هؤلاء الحائزين الا بقدر نصيبه في الدين بحسب قيمة المقار الذي يكون حائزا له . ونصت على هذا بالحكم المادة ٣٩٨ منى كويتي (م . ٢٣١ منى مصرى) . وتقديرى ، ان وضع الحائز الذى اوفى بكل الدين على هذا النحو يشبه - من حيث كيفية رجوعه على حائزين آخرين - وضع الدين المتضامن الذى يفى بكل الدين على ما مر بنا في التقيد الانسانى .

٣١٨ - الوفاء في الشروع المصرى لتقنين احكام التشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

اولا - بالنسبة لطرق الوفاء حددت المادة ٣١١ منى بقولها :

١ - يصح الوفاء من الدين او من ثلثه او من اى شخص آخر له مصلحة في الوفاء .

٢ - ويصح الوفاء أيضاً من ليست له مصلحة في الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته ، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وإبلاغ الدائن هذا الاعتراض .

٣ - وفي جميع الأحوال فإنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين لذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن ينفذ الدين الالتزام بنفسه .

وهذه المادة المقترحة تطابق . بحكمها المادة ٢٢٣ من القانون المدني المصري للحالي . كما أن المادة المقترحة من المشروع تطابق في حكمها أيضاً المادة ٣٩١ من القانون المدني الكويتي . وغير صحيح ما جاء بالمشروع تطبيقاً على المادة المقترحة تلك من أنها « تطابق في حكمها المادة ٣٩٣ من القانون المدني الكويتي » .

ثانياً - وتولج المادة ٣١٢ من المشروع شروط الموف بقولها :

١ - يشترط لصحة الوفاء أن يكون الموف مالكا للشيء الذي وف به ، وإن يكون أهلاً للتصرف فيه .

٢ - ومع ذلك فالوفاء بالشيء المستحق من ناقص الأهلية يكون صحيحاً إذا لم يلحق الوفاء ضرراً به ، .

وهذه المادة المقترحة تطابق في حكمها المادة ٣٢٥ من القانون المدني المصري للحالي . كما تطابق أيضاً المادة ٣٩٢ من القانون المدني الكويتي . وغير صحيح ما جاء بالمشروع تطبيقاً على هذه المادة المقترحة من أنها « تطابق المادة ٣٩٤ من القانون المدني الكويتي » .

أما المادة ٣١٣ من المشروع فتقتضون حكماً مستحسناً يخص الوفاء من المدين في مرض الموت ونصها كالاتي :

١ - إذا وف المدين دين بعض الدائنين وهو في مرض موته ، وكان ماله لا يسع الوفاء بجميع ديونه ، فادى الوفاء بالمدين إلى الإضرار ببقية الدائنين ، فإن الوفاء لا ينفذ في حق هؤلاء الباقين ، .

وفي رجوع الموف إذا كان شخصاً آخر غير المدين نصت المادة ٣١٤ من المشروع على ما يأتي :

١ - إذا قام الغير بوفاء الدين ، كان له حق الرجوع على الدين .
بغير ما دفعه .

٢ - ومع ذلك يجوز للمدين الذي حصل للوفاء بغير إرادته أن يمنح رجوع الموفى بما وفاه عنه ، كلا أو بعضا ، إذا ثبت أن له مصلحة في الاعتراض على الوفاء ، .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٢٤ من القانون المدني المصري الحالي . كما أنها تطابق أيضا المادة ٣٩٣ من القانون المدني الكويتي وهو الأمر الذي أغضه المشروع في التطبيق على هذه المادة المقترحة .

ثالثا - وعن الوفاء مع الطول ، أورد المشرع حالات الطول القانوني في المادة ٣١٥ ونصها كالآتي :

« إذا قام بالوفاء شخص آخر غير المدين ، حل الموفى محل الدائن الذي استوفى حقه في الأحوال الآتية :

(أ) إذا كان الموفى ملزما بالمدين مع المدين أو ملزما بوفائه عنه .

(ب) إذا كان الموفى دائنا ووفى دائنا آخر مقدما عليه بماله من تأمين مجنى ولو لم يكن للموفى أى تأمين .

(ج) إذا كان الموفى قد اشترى عقارا ودفع ثمنه وفاء لدائنين خصص للعقار لضمان حقوقهم .

(د) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفى حق الطول ، .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٢٦ من القانون المدني المصري الحالي .

وهي تطابق أيضا ٣٩٤ من القانون المدني الكويتي . وغير صحيح ما جاء بالمشروع تطبيقا على هذا المادة المقترحة من أنها تطابق « المادة ٣٩٦ من التقنين الكويتي » .

وتواجه المادة ٣١٦ من المشروع الطول الاتفاقي إذ قالت : « للدائن الذي استوفى حقه من غير المدين أن يتفق مع هذا الغير على أن يحل محله ولو لم يقبل الدين ذلك ، ولا يصح أن يتأخر هذا الاتفاق عن وقت الوفاء ، .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطبيق المادة ٣٢٧ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطبق أيضا الفقرة الأولى من المادة ٣٩٥ من القانون المدني الكويتي .

وعلى ما أوضحنا من قبل في دراستنا للوفاء مع اللطول فإن النص المقترح السابق ذكره إنما يعالج صورة ضمن اثنتين للوطول الاتفاقي .

أما الصوة الثانية للوطول الاتفاقي ، فمقتضى نصها عليها المادة ٣١٧ من المشروع بقولها : " يجوز أيضا للدين إذا اقتضى مالا وفي به الدين أن يحل المقرض محل الدائن الذي لستوفى حقه ، ولو يغير رضا هذا الدائن ، على أن يذكر في عقد القرض أن المال قد خصص للوفاء ، وفي الخلاصة أن الوفاء كان من هذا المال الذي اقترضه للدائن الجديد " .

والمادة المقترحة هذه تطبق المادة ٣٢٨ من القانون المدني المصري الحالي . وهي تطبق أيضا الفقرة الثانية من المادة ٣٩٥ من القانون المدني الكويتي .

وتعالج المادة ٣١٨ من المشروع أثر اللطول بصفة عامة ونصها كالتالي :
" من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص ، وما يلحقه من توليع ، وما يكتله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفعات . ويكون هذا اللطول بالتقدير الذي آداه من حل محل الدائن ، وهذه المادة المقترحة تطبق المادة ٣٢٩ من القانون المصري الحالي . وهي تطبق أيضا المادة ٣٩٦ من القانون المدني الكويتي .

ولذا كان الأثر للجوهرى للوفاء مع اللطول يتمثل في طول الوفاء محل الدائن المستوفى ، فقد رأينا من قبل أن هناك قيودا على هذا الأثر للوطول . وقد وردت القيود في المشروع كما يلي :

القيود الأولى :

تضمنت المادة ٣١٩ من المشروع ونصها كالتالي :

١ - إذا وفي غير الدين للدائن جزءا من حقه وحل محله فيه ، فلا يضار الدائن بهذا الوفاء ، ويكون في استيفاء ما بقي له من حق مقصدا على من وفاء ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ - وإذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقي له من حق رجوع من حل أخيرا هو ومن تمسكه في اللطول كل يقدر ما هو مستحق له وتقاسما خمسة للفرع " .

والمادة المقترحة هذه تطابق المادة ٣٣٠ من القانون المدني المصري
الحالي . وتطابق أيضا المادة ٣٦٧ من القانون المدني الكويتي .

الفصل الثاني :

نصت عليه المادة ٣٢٠ من المشروع على النحو التالي :

« لذا وفي حائز العقار المرحوم كل الدين وحل محل الدائنين ، فلا
يكون له بمقتضى هذا الحول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرمون في ذات
الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار » .

والمادة تطابق المادة ٣٣١ من القانون المدني المصري الحالي . كما
تطابق أيضا المادة ٣٦٨ من القانون المدني الكويتي .

وابقاء - وعن المولى له :

نصت المادة ٣٢١ من المشروع على ما يأتي :

« يكون الوفاء للدائن او لنائبه . ويعتبر ذا صفة في استيفاء الدين من
يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن ، الا اذا كان متفقا على أن للوفاء
يكون للدائن شخصا » .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٢٢ من القانون المدني
المصري الحالي . وهي تطابق أيضا المادة ٣٦٩ من القانون المدني الكويتي .

ولذا كان الأصل أن الوفاء يكون للدائن او لنائبه . فقد تصدحت المادة
٣٢٢ من المشروع لحكم الوفاء لغير الدائن او لنائبه لاذ قالت : « اذا كان الوفاء
لشخص غير الدائن او لنائبه ، فلا تبرا ذمة المدين الا اذا أقر الدائن هذا الوفاء
او عادت عليه منفعه منه ، ويقدر هذه المنفعة ، لو تم الوفاء بحسن نية
لشخص كان هو الدائن للظاهر » .

وهذه المادة تطابق في حكمها المادة ٣٢٣ من القانون المدني المصري
الحالي مع ملاحظة استبدال عبارة « هو الدائن للظاهر » للوردة في نهاية
النص المقترح بعبارة « الدين في حيازته » للوردة في هذا النص الحالي .
والمادة المقترحة تطابق أيضا المادة ٤٠٠ من القانون المدني الكويتي .

خلاصة - وفي الالفاء بالفراة الأولى لرفض الالفان قبول الالفاء ولفففة :

لوراء الففرفف ما ففظم لالفار لالفان على الالفاء ف ماففان :

الأولى : الماففة ٣٣٣ ونففا كالآفف : « لاف رفض الالفان ءون مفراف قبول الالفاء المرفوف علىه عرضا صفا » ، أو رفض الالفان بالالفاف اللفف لا ففم الالفاء بفونفا ، أو افن انه لن فففل الالفاء ، افففر انه قد فم افففره من الوقت لافف فففل الالفان علىه هفا لرفض باعلان رسمي » .

وهفه الماففة فطلفق الماففة ٣٣٤ من الفافون المرفف المرفف الالفف .
كما فطلفق للفترة الأولى من الماففة ٤٠١ من الفافون المرفف الكوففف .

الفاففة : الماففة ٣٣٤ وففف على انه « لاف افففر الالفان ، فففل فففة ملافك اللفف ، أو فلفه ، ولففف للففان الفف ف لفاف اللفف على نفففه الالفان والمطالبة بفموففف ما صافه من ضرر » .

وهفه الماففة فطلفق الماففة ٣٣٥ من الفافون المرفف المرفف الالفف مع هففف عفارة « ووقف سرفان الفوافف » ، لولرة ف هفا لنف للالفف فرفا على لفاكام الففرفة للرفاء ف ففرفف للرفا .

والماففة المقفرفة هفه فطلفق فففا للفترة الفاففة من الماففة ٤٠١ من الفافون المرفف الكوففف .

ساسفا - وفف ففم اللفاف لاف كان مفل الالفاء فففا فعفنا بالفافف :

فصف الماففة ٣٣٥ من الففرفف على انه « لاف كان مفل الالفاء فففا فعفنا بالفافف » ، وكان الولفب أن ففسلم ف المكان لافف فوفف فففه ، فاف للففان بفء أن فففر الالفان بففلمه أن فففل على فرففف من الفففا ف لفافه . فافا كان للفف عفارا أو فففا فعفنا للفافا ففف ففء ، فاف للففان أن ففلفه وفففه ففف للرفافة » .

ونف هفه الماففة المقفرفة فطلفق الماففة ٣٣٦ من الفافون المرفف المرفف الالفف . كما فطلفق فففا

ولا فففو أن للماففة المقفرفة نظفرا ف الفافون المرفف الكوففف .

اما الماففة ٣٣٦ من الففرفف فففففف فففا فففف لفاف اللففا اللفف فففرق الففها لالفف وففف على ما فافف :

١ - يجوز للمدين بعد استئذان القضاء أن يبيع بالمزاد العلني الأشياء التي يسرع إليها للتف ، أو التي تكلف نفقات بامطة في إيداعها أو حراستها وأن يودع الثمن خزنة المحكمة .

٢ - فإذا كان الشيء له سعر معروف في الأسواق أو كان للتعامل بينه متداول في البورصات ، فلا يجوز بيعه بالمزاد إلا إذا تمخض البيع من ضرورة بالسعر المعروف .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٧ من القانون المدني المصري الحالي ولا يبدو أن النص المقترح نظيرا في القانون المدني الكويتي .

وقد أجاز المشروع الإيداع من الدين مباشرة حال قيام مانع يحول دون تعرف الدين على الدائن الذي يجب الوفاء له . إذ نصت المادة ٣٣٧ من المشروع على ما يأتي : « يكون الإيداع أو ما يقوم مقامه من إجراء جائزا كذلك ، إذا كان الدين مجهول شخصية الدائن أو موطنه ، أو كان الدائن عديم الأهلية أو ناقصها ولم يكن له نائب يقبل عنه الوفاء ، أو كان الدين متنازعا عليه بين عدة أشخاص ، أو كانت هناك أسباب جديرة أخرى تبرر هذا الإجراء » .

وقد عرضنا مثل هذا الحكم من قبل في دراستنا للمادة ٤٠٢ من القانون المدني الكويتي ومي تطابق النص المقترح في المشروع المصري . كما أن هذه المادة المقترحة أيضا تطابق المادة ٣٣٨ من القانون المدني المصري الحالي .

سابعاً - وعن الإيداع المسبوق بالعرض الحقيقي :

نصت المادة ٣٣٨ من المشروع « يقوم العرض الحقيقي بالنسبة لأمين مقام الوفاء ، إذا تلاه إيداع يتم وفقاً لأحكام قانون الرافعات ، أو تلاه أي إجراء مماثل وذلك إذا قبله الدائن أو صدر حكم نهائي بصحته » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٣٩ من القانون المدني المصري الحالي . كما تطابق المادة ٤٠٢ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٣٣٩ من المشروع أيضاً على ما يأتي :

١ - إذ عرض الدين الدين والتبع العرض بإيداع أو بإجراء مماثل جاز له أن يرجع في هذا العرض ما دلم للدائن لم يقبله ، أو ما دلم لم يصغر

حكم نهائي بصحته . ولذا رجع فلا تبرأ ذمة شركائه في الدين ولا ذمة الضامنين .

٢ - أما إذا رجع الدين في العرض بعد أن قبله الدائن ، أو بعد أن حكم بصحته . وقبل الدائن منه هذا الرجوع ، فله لا يكون لهذا الدائن أن يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات وتبرأ ذمة الشركاء في الدين وذمة الضامنين .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٠ من القانون المدني المصري الحالي مع تعديل بسيط في الألفاظ بالفقرة الثانية .

وهذه المادة المقترحة تطابق أيضا المادة ٤٠٤ من القانون المدني الكويتي .

ثامنا - وفي محل الوفاء وموضوعه :

على نحو دراستنا له من قبل ، نجد المادة ٣٣٠ من المشروع تقدر القاعدة في هذا الشأن وهي قاعدة وجوب الوفاء بالشيء المستحق أصلا ، وقد عرضنا لها فيما سبق . والمادة يجري نصها على النحو التالي :

« الشيء المستحق أصلا هو الذي به يكون للوفاء ، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ، ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى .

والمادة على هذا النحو تطابق المادة ٣٤١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٠٥ من القانون المدني الكويتي .

وتقرر المادة ٣٣١ من المشروع في هذا الشأن قاعدة عدم قبول الوفاء الجزئي ، ويجري نصها على النحو التالي :

١ - لا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على قبول وفاء جزئي لحقه ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ - ولذا كان الدين متنازعا في جزء منه وقبل الدائن أن يستوفي للجزء المعترف به ، فليس للمدين أن يرفض الوفاء بهذا الجزء .

وقد عرضنا فيما سبق للقاعدة الموجودة في مثل هذه المادة وما يرد عليها من استنتاجات . وعلى أية حال فإن هذه المادة إنما تطابق المادة ٣٤٢ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق أيضا المادة ٤٠٦ من القانون المدني الكويتي .

تاسما - وفي تعيين ما تم الوفاء به من الديون في حالة تعددها ، نذكر بما ذكرناه من قبل في هذا الشأن . ذلك أنه إذا كان للنطاق الحقيقي لقاعدة عدم جواز تجزئة الوفاء في حالة تعدد الديون والمدين ولحد ، فإن هذا يفرض بثير صعوبة في تعيين ما تم الوفاء به من الديون للتحدة تلك .

وقد تصدى المشروع لهذه الصعوبة في المادة ٣٣٢ ونصها كالآتي :
« إذا كان الدين ملزما بأن يوفى مع الدين مصروفات وتمويضات عن التأخير في الوفاء وكان ما أداه لا يفي بالدين مع هذه الملحقات ، خصم ما أدى من حساب المصروفات ثم من التميميزات ثم من أصل الدين . ما لم يتفق على غير ذلك » .

وقد عرضنا لدراسة الموضوع من قبل في القانون المدني الكويتي والمصري الحالي . ولا نتردد الآن في القول بأن هذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٣ من القانون المدني المصري الحالي كما تطابق المادة ٤٠٧ من القانون المدني الكويتي .

مع ملاحظة أن المشروع قد حذف من مادته سالفه لذكر كلمة الفوائد الواردة في نص القانون المدني المصري الحالي ، جريا على أحكام الشريعة التي تحرم الفوائد الربوية .

وقد نصت المادة ٣٣٣ من المشروع لحالة أخرى من حالات تعدد الديون بحيث إن ما يؤديه المدين لا يفي بها جميعا . ونصها كما يأتي : « إذا تعددت الديون في ذمة المدين ، وكانت لـذلك ولحد ومن جنس واحد ، وكان ما أداه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا ، جاز للمدين عند الوفاء أن يعين الدين الذي يريد للوفاء به . ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاق يحول دون هذا التعيين » .

وقد درسنا فيما سبق حكم هذه الحالة . مما يدفعنا إلى القول بأن هذه المادة المقترحة إنما تطابق المادة ٣٤٤ من القانون المدني المصري الحالي كما تطابق أيضا المادة ٤٠٨ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٣٣٤ من المشروع على أنه : « إذا لم يمين الدين على الوجه المبين في المادة السابقة كان الخصم من حساب الدين الذي حل ، فإذا تحدث الديون الحالية فمن حساب استحقاقها كلفة على الدين فإذا تسالوت الديون ، في الكلفة فمن حساب الدين الذي يعينه الدائن ، » .

وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٤٥ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٠٩ من القانون المدني الكويتي . وقد عرضنا لها من قبل .

عشر - وعن ظروف الوفاء :

تناول المشروع زمان الوفاء ، في المادة ٣٣٥ ويجري نصها على النحو التالي .

١ - يجب ان يتم الوفاء فوراً بمجرد توجب الالتزام نهائياً في نصة الدين ما لم يوجد لتفادى لو نص يقضى بغير ذلك .

٢ - على أنه يجوز للقاضي في حالات استثنائية إذا لم يمنعه نص أن ينظر الدين الى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه ، إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق للدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٣٤٦ من القانون المدني المصري الحالي . والمادة المقترحة تلك تطابق أيضاً المادة ٤١٠ من القانون المدني الكويتي ، مع ملاحظة خلو نص المشروع وقد اشرنا الى ذلك من قبل في مقارنة النص الأخير مع النص المدني المصري الحالي .

وهنا نود ان نذكر بالمادة ٢٥٩ من المشروع وتنص على أنه : « إذا تبين من الالتزام ان الدين لا يقوم بوفائه الا عند القسرة أو الميسرة عين القاضي ميعاداً مناسباً لطول الأجل ، مراعيًا في ذلك موارد الدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضياً منه عناية للرجل الحرص على الوفاء بالتزامه ،

وقد تكلم المشروع عن مكان الوفاء في المادة ٣٣٦ ونصها كالآتي :

« إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال الدين . إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال ، » .

وهذه المادة المتوقعة من المشروع تقابل المادة ٣٤٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تقابل المادة ٤١٢ من القانون المدني الكويتي .
ملاحظة أن نص المشروع قد اوجب أن يكون تسليم الشيء المبيع بالذات في المكان الذي يوجد فيه وقت الوفاء بخلاف النصين الآخرين وقد اوجبا تسليم هذا الشيء في المكان الذي كان يوجد فيه وقت نشوء الالتزام بتسليمه .

يعادى عشر - أما عن نفقات الوفاء ، فقد نصت المادة ٣٣٧ من المشروع على أنه :

« تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك ، وهذه المادة تطابق المادة ٣٤٩ من القانون المدني المصري الحالي ، وتطبق المادة ٤١٣ من القانون المدني الكويتي » .

المبحث السادس

للوفاء في الفقه الاسلامي

٣١٩ - يعد الوفاء سببا لانقضاء الالتزام في فقه للشريعة الاسلامية^(١) وليس اقل على ذلك مما نصت عليه المادة ١٩٥ من مرشد الحيران من ان الديون تنقضي بآيائها .

وسوف نتناول الوفاء في الفقه الاسلامي في نقاط تقترب من نظيرتها في القانون المدني التي عرضنا لها ، وغلبتنا من ذلك ان يتحقق الانسجام في العرض بالنسبة لمبحث موضوع الوفاء بصفة عامة ونقسم دولتنا في هذا المبحث الى عدة مطالب .

المطلب الاول

طرفا للوفاء

٣٢٠ - الوفاء :

الأصل ان يقوم المدين بالوفاء واستثناء على هذا الأصل ، جوز فقه الشريعة الاسلامية ان يكون الوفاء من شخص آخر غير المدين وتبعاً لذلك ، فان الوفاء كما يكون من المدين نفسه ، يمكن ان يكون من نطقيه .

وفي هذا تنص المادة ١٩٦ من مرشد الحيران على ما يأتي : « يجوز وفاء للمدين من المدين الأصلي ومن للكفيل ان كان له كفيل او من شريكه ان كان الدين مشتركاً » .

ومن ذلك أيضاً ما جاءت به المادة ٩٣٧ من مرشد الحيران من انه « اذا دفع الوكيل بشراً ثمن المبيع من مال نفسه للبائع فله الرجوع به على

(١) راجع الأعمال المكلفة للمرحوم احمد لبراهيم بك (٢) الالتزام في الشرع الاسلامي

موكله . والمعنى الواضح لذلك أن المشتري هو المدين الأصلي بالتمتع وقد وكل شخصاً بالشراء ، جاز للوكيل أن يفي بالتمتع باعتباره نائباً عن المشتري . وتطبيقاً لذلك أيضاً تكلمت المادة ١٢٧٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل عن قضاء الوكيل دين موكله .

وكما يكون الوفاء من المدين أو نائبه ، يمكن أن يقع الوفاء أيضاً من الغير وفي هذا تقول المادة ١٩٧ من مرشد الحيران ، ويجوز وفاء الديون المطلوبة من المدين من شخص غيره بأمره وبغير أمره . كل ما هنالك ، أنه إذا كان الغير قد قام بالوفاء بأمر المدين فالاتفاق قائم في الفقه الإسلامي على أنه يكون للموفا الرجوع على المدين بما أوفى . أما إذا كان وفاء الغير دون إذن المدين اختلف الرأي : ففي الفقه الإسلامي من ذهب إلى القول بأنه يجوز للموفا الرجوع ومنهم للحنابلة فقد جاء بالقواعد لابن رجب الحنبلي أنه : « إذا قضى عنه ديناً ولجأ بغير إذنه فإنه يرجع به عليه في أصح الروايتين وهي المذهب عند الخرخي وأبي بكر والقاضي والأكثرين . ولشترط للقاضي أن ينوى الرجوع ويشهد على نيته عند الأداء فلو نوى التدبر أو أطلق للذنية فلا رجوع له ولشترط أيضاً أن يكون المدين معتمداً عن الأداء » وخالف في ذلك صاحب المنى^(٢) وفي قول آخر يرى: الأخلاف أنه لا رجوع للموفا بغير إذن المدين فقد نصت المادة ٢٠٥ من مرشد الحيران على أنه إذا قضى أحد دين غيره بلا أمر مسقط للدين عن المدين سواء قبل أو لم يقبل ويكون للذافع متبرعاً لا رجوع له على المدين بشيء مما دفعه بلا أمره .

وإذا تم الوفاء على نحو ما سبق ، فالأصل أنه ليس للدائن أن يعترض على الوفاء واستثناء على ذلك يجوز فقه الشريعة الإسلامية مثل هذا الاعتراض إذا كان هناك اتفاق يقضي بوجوب قيام المدين نفسه بالوفاء أو كانت طبيعة الالتزام تقضي ذلك . ومن تطبيقات ذلك ما قال به الحنابلة من أنه لا يجوز للأجير الخاص أن ينيب عنه غيره في القيام بالعمل المطلوب منه ما دام العقد يستوجب قيامه بالعمل بنفسه^(٣) . وتأكيداً لذلك نصت المادة ٦١٤ من مجلة

(٢) القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ، مشار إليه فيما سبق ، للقاعدة الخامسة والسيبوع ، صفحة ٣٧ وجاء في كشف القناع « وكذا حكم من أدى عن غيره ديناً ولجأ فكيف كان أو أجيباً أن نوى الرجوع رجوع والا فلا » كشف القناع للبهوتي مشار إليه من قبل الجزء الثالث صفحة ٣٧١ .

(٣) راجع القواعد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ، مشار إليه فيما سبق ، للقاعدة التاسعة والستون ، صفحة ١٢٣ . وتطبيقاً لذلك نصت المادة ٦١٢ من مرشد الحيران على أنه « إذا اشترط على الفاعل أرضاعها بنفسها غرضته من غيرها فلا تستحق الأجرة » ونصت المادة ٦٢١ من مرشد الحيران أيضاً على أنه « لا يجوز للصانع أو المتكفل الذي التزم في العقد للعمل بنفسه أن يستعمل غيره » .

الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد من حنبل على أنه ليس للأجير الخاص أن يغيب عنه أحدا فيما استؤجر له ، وعلة ذلك أن الأجير في هذا النوع من عقود الإجارة غالبا ما يكون مقصودا لذاته وللمهارة أو خبرة توخاها نفسه صاحب العقد .

ويتكلم الأحناف عن شروط الوفي . فذكرت المادة ٢١٩ من مرشد الحيران أنه إذا كان المديون صغيرا معيذا أو كبيرا معتوما أو محجورا عليه لسفه أو غفلة ودفع الدين الذي عليه صح دفعه وبرئت ذمته . وجاء بالمادة ٢٢١ من مرشد الحيران أيضا أنه يشترط لنفاذ وفاء الدين والبراءة منه أن يكون الدافع مالكا لما دفعه .

واستخلاصا مما مر يمكننا القول أن القانون المدني وهو يتكلم عن الوفي إنما يتفق فيما قاله . خاصة في المادة ٣٩١ مدني كويتي تقابلها المادة ٣٢٣ مدني مصري . مع ما جاء به للفقه الإسلامي في هذا الخصوص .

٣٢١ - الوفي له :

الأصل أن يكون الوفاء للدائن في الفقه الإسلامي يمكن أيضا أن يكون للوفاء لوكيله أو لمن له حق قبضه عنه وليس أدل على ذلك مما نصت عليه المادة ٢١٧ من مرشد الحيران حيث قالت : « نفا يصح دفع الدين لصاحب الدين أو وكيله أن كان صاحب الدين بالغا عاقلا غير محجور عليه فإن كان قاصرا أو كبيرا مجنونا أو محجورا عليه لسفه فلا يصح دفع الدين اليه بل يدفع لمن له حق قبضه عنه من ولي أو وصي للصغير أو المجنون أو من قاض أو وصيه للسفيه المحجور عليه » .

ومن تطبيقات ذلك أيضا ما جاء في الأحكام العامة لشركات العقيد في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل . فقد نصت المادة ١٨٢٨ من هذه المجلة على ما يأتي : « لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من أعمال التجارة فله أن يبيع ويشترى ويقبض ويحيل ويحتال ويؤجر ويستاجر » .

ونصت المادة ١٨٣٩ من نفس المجلة أيضا على ما يأتي : « لكل من الشركاء أن يعمل ما هو من مصلحة للتجارة فله المطالبة بالدين والخصومة فيه وحبس الغريم ولو أبى للشريك » .

ويظهر من النصين أن الشريك في شركات العقد له حق استيفاء الدين وأساس ذلك أنه يعد وكيلًا عن الشركاء .

وعن شروط الوقي له ، تكلم الفقه الحنفي و المادة ٣١٨ من مرشد
الخيران عن أهليته • إذ نصت على أنه إذا كان صاحب الدين قاصراً أو كبيراً
مجنوناً أو محجوراً عليه لسفه ودفح المديون إليه الدين المطلوب له فلا يعتبر
دفعه •

والأصل عدم جواز امتناع الدائن عن قبول الوفاء ، فإذا امتنع كان
المدين أن يراجع الحاكم الذي يأمر الدائن بالقبض أو الإبراء • فإذا استمر في
امتناعه قبض له للحاكم الدين • ونصت المادة ٢٠٩ من مرشد الخيران على
أنه إذا عرض المديون مبلغ الدين على غريمه فامتنع من قبضه فله أن يرفع الأمر
إلى الحاكم ليأمره بقبضه وتأكيداً لذلك جاء في الفوائد لابن رجب الحنبلي :
« لو أتاه الغريم بجينه في محله ولا ضرر عليه في قبضه فانه يؤمر بقبضه أو
إبرائه فان امتنع قبضه له للحاكم ويرى غريمه » (٤) •

ونستخلص مما سبق أن ما جاء به القانون المدني بخصوص الوقي له
وعرضنا له من قبل خاصة ما جاء بالمادة ٣٩١ مدني كويتي (م ٣٣٢ مدني
مصري) لا يختلف عما جاء به الفقه الإسلامي في هذا الخصوص •

(٤) الفوائد في الفقه الإسلامي لابن رجب الحنبلي ، أشار إليه فيما سبق ، القاعدة
المباشرة بمد المنة ، صفحة ٢٤٥ • وجاء أيضاً في صفحة ٣٢ وبخصوص القاعدة الثالثة
والشرون • إذ أتاه الغريم بجينه الذي يجب عليه قبضه نأى أن يقبضه قال في المنى يقبضه
الحاكم وتبرأ فمة الغريم لقيام الحاكم مكان الممتنع بولايته •

المطلب الثاني

موضوع الوفاء

٣٢٢ - الوفاء بذات الشيء المستحق في الفقه الاسلامي :

يكون الوفاء بذات الالتزام الذي يتقبل كامل المدين وفي هذا تنص المادة ٢٠٨ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« رب الدين اذا ظهر بجنس حقه من مال مديونه او من مال كفيه وهو على صفته فله اخذه بلا رضاه » *

وكما عرضنا من قبل في شأن التنفيذ العيني في الفقه الاسلامي فان الأصل هو تنفيذ ذات الالتزام الذي التزم به المدين * ومن للتطبيقات التي ذكرناها في هذا عند المناجاة ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل في خصوص للنصب * اذ جاء بالمادة ١٢٧٨ انه يجب على الفاضب رد المصوب لمالكه ولا يجبر على قبول عوضه *

ونصت المادة ١٢٨٤ من نفس المجلة على انه « لا يقبل من الفاضب دفع قيمة المصوب الا اذا تمخذه رده عينا » وفحوى ذلك كما المحت منذ قليل التزم المدين باداء ما هو ملتزم به ولا يجوز اللجوء الى اللجل الا اذا تمخذه الأصل ونستخلص من ذلك - بخصوص موضوع الوفاء - ان الوفاء يكون بذات الشيء المستحق دون سواء ، وهذا هو الأصل في الفقه الاسلامي * ومن تطبيقات ذلك ما نصت عليه مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل في المادة ٣٥٨ من ان « النقود تتعين بالتعيين في النقود * فلذا لشترى بنقود معينة أشار اليها لزمه تسليمها عينا » *

ونصت المادة ٢٢٢ من مرشد الحيران على انه « اذا كان الدين المطلوب ثمن مبيع وصار تعيينه في المقدر وهو مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره ولن كان مما لا يتعين بالتعيين كالنقود وعين في العقد فالمدين دفع مثله ولن لم يرض الدائن » * وللنص يمثل وجهة نظر الأحناف (١) *

(١) ولجع ايضا حكم المادة ٤١٨ من مرشد الحيران ونصها كالآتي :

« لادين وصف الدائن في المقدر لزم المشتري ان يؤديه من صنف النقود الموصوفة » *

وقاعدة وجوب الوفاء بالشئ المستحق في الفقه الاسلامي - وهي ما اخذ بها اللقانون المدني الكويتي والمصري على ما ذكرنا - تظهر أكثر فيما اذا كان للدين هو التزام بعمل - اذ يلتزم بالتصليم بالمثل المكلف به دون غيره - من ذلك ما جاء بالمادة ٦٠٣ من مرشد الحيران فيها يتعلق بالأجر الخاص وقد حظرت عليه ان يشتغل بشئ آخر غير المكلف به في العقد .

٣٢٣ - عدم قبول الوفاء الجزئي :

ولذا كان يبين لنا مما تقدم ان الوفاء يجب - في الفقه الاسلامي - بذات الشئ المستحق ، فانه يتعين ان يكون به كله فالأخلاف لا يجبرون على قبول جزئي لحقه . وفي هذا تنص المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على انه : « اذا كان الدين حالا فليس للمدين ان يجبر صاحبه على قبول بعضه دون البعض ولو كان قابلا للتبقيض » وهو ما اخذ به اللقانون المدني الكويتي والمصري بشأن الوفاء الجزئي على ما مر بنا .

٣٢٤ - تعيين ما تم الوفاء به من الديون في حالة تعددها :

ويلاحظ انه في الغرض الذي تتمحور فيه ديون الدين لدائن واحد في الفقه الاسلامي فانه على الرغم من ان الأمر يخرج عن الوفاء الجزئي الذي يتحدد بحالة يكون فيها الدين واحدا ، فان فرض التعدد يثير صعوبة في هذا الفقه بشأن تعيين ما تم الوفاء به من الديون المتعددة هذه اذا كان ما لدى الدين لا يكفي للوفاء بها جميعا .

في هذا نرى رأي الأخلاف ، وقد اخذ به اللقانون المدني الكويتي والمصري كما عرضنا للوضع فيهما ، تجسده المادة ١٣٥ من مجلة الأحكام العدلية وقد نصت على ما يأتي : « اذا اعطى من عليه ديون مختلفة لدائنه متدلا من الدين فالقول له فيما اذا ادعى انه اعطاه مصوبيا من دينه للفلاني » . وفي هذا نصت المادة ٢١٦ من مرشد الحيران على ما يأتي :

« اذا دفع المدين أحد دينين ولجبين في دمه يعتبر قبول الدين في تعيين نوع الدين الذي دفعه » .

والمعنى الواضح للنصين يؤدي بنا الى القول بأنه اذا تعددت ديون الدين لدائن واحد وكان ما دفعه لا يكفي الوفاء بها جميعا ، فالعبرة بقول الدين الذي يعين الدين الذي تم الوفاء به . وتطبيقا لذلك فلو كان أحد الدينين قرضا والآخر ثمن مبيع ودفع الدين مبلغا يكفي لوفاء أحدهما فلهذين ان يعين ما تم الوفاء به منهما .

وجاء في الإشباه والنظائر لابن نجيم في هذا الخصوص ما يلي : « فتو
كان عليه دينان من جنس واحد فدفح شيئا مالتعين للدفع الا اذا كان من
جنسين لم يصح تعيينه من خلاف جنسه » (١) .

وتبعاً لذلك فلو تعددت ديون الدين لدائن واحد ، وما دفعه الدين
لا يكفي للوفاء بها كلها فإن تعيين ما تم الوفاء به من هذه الديون يكون كما يلي :
اذا كانت الديون المتعددة من جنس واحد كان تعيين الدين الذي تم الوفاء به
للدفع أى الدين . اما اذا اختلف جنسها ، كان تعيين الدين المدفوع متوقفاً
ليس على تعيين الدين ، وإنما على جنس المدفوع لذ يعتبر المال المدفوع من
اصل ما هو من جنسه من هذه الديون . مثال ذلك ، لو كان على شخص
آخر دينان بمبلغ نقدي ، أحدهما ثمن شيء لشترائه والآخر مبلغ قرض فإذا
دفع الدين مبلغاً كان له أن يمين الدين الذي تم الوفاء به ثمن الشراء أو مبلغ
القرض . وتطبيقاً لذلك أيضاً فإنه لو كان على شخص آخر دينان ، أحدهما
مبلغ نقدي والآخر تسليم شيء ، فإن تعيين ما تم الوفاء به منهما متوقف على
جنس المدفوع ، فإذا كان مبلغاً نقدياً ، كان الموفى به الدين للنقدي لأن
المدفوع من جنسه . وبخصوص البيع ، نصت المادة ٣٦١ من مجلة الأحكام
إشريعة على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن : « للبيع المطلق يقتضى تعجيل
الثمن وتسليمه في مجلس العقد » ولذا كان لهذا النص من معنى نستدل به
في هذا المقام ، فإن النص واضح في تأكيد حرص الحائيلة على وجوب الوفاء
بالالتزام فور نشوئه فإذا تم يتحدد أجل الوفاء ، للبيع بأن جاء البيع مطلقاً
تعين أعمال الأصل مائل في وجوب الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه ، وفور
نشوئها وهذا المعنى ما أكدته الإضافات كما ينبغي ، نص المادة ٤٢٢ من مرشد
الحران إذ قالت : « للبيع المطلق الذي لم يذكر في عهده تأجيل الثمن أو تعجيله
يجب فيه الثمن مجلاً ويدفع في الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها أن يكون
الدفع مؤجلاً أو مقسطاً بأجل معلوم فإن كان كذلك يلزم وهذه الطول في
الفقه الاسلامي لتعيين ما تم للوفاء به من الديون في حالة تعددها في ذمة الدين
لدائن واحد ، يقترب منها ما تبناه المشرع الدين من حلول في هذا الصدد ،
سواء في الكويت (م. ٤٠٨ ، ٤٠٩) أو في مصر (م. ٣٤٤ ، ٣٤٥) .

(٢) الإشباه والنظائر للشيخ زين العابدين بن ابراهيم بن نجيم ، دار الكتب العلمية ،

بيروت ، ١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م . ب كتاب الغيبيات صفحة ٣٦٥ .

المطلب الثالث

ظروف الوفاء

٣٢٥ - أولا - زمان الوفاء :

يبدو لنا ، ان القاعدة في الفقه الاسلامي هي وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ، ما لم يتحدد أجل الوفاء بالاتفاق صراحة او دلالة . ونقدم في التليل على وجود مضمون هذه القاعدة في الفقه الاسلامي تطبيقا من عبقة .

ففي البيع ، وعند الحائبة ، نصت المادة ٣١١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على ان « البيع المطلق يقتضى تعجيل الثمن وتسليمه في مجلس العقد » ، ولذا كان لهذا النص من معنى نستدل به في هذا المقام ، فان النص واضح في التأكيد على وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه . فإذا لم يتحدد أجل الوفاء في البيع بائز جاء مطلقا تعين أعمال الأصل مائل في وجوب الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وفور نشوئها . وهذا المعنى اكده الأحناف كما ينبغي ، نص المادة ٤٢٣ من مرشد الحيران إذ قالت : « البيع المطلق الذي لم يذكر في عقد تأجيل الثمن او تعجيله يجب فيه الثمن معجلا ويدفع في الحال الا اذا جرى عرف البلدة وعادتها ان يكون الدفع مؤجلا او مقسطا بأجل معلوم فان كان كذلك يلزم اتباع العرف والمعاملات الجارية » (٢) .

ولستثناء على القاعدة المتقدمة ، اجاز الفقه الاسلامي منع المدين نظرة ميسرة . والفقه الحنفي ووضح في ذلك . فقد نصت المادة ٢١٥ من مرشد الحيران على انه « ... اذا كان المدين مسرا لا يمتلك شيئا لوفاء كل الدين يجوز له (صاحب الدين) لمهاله وينظر الى ميسرته » . هذا بخصوص الوفاء بالمدين بصفة عامة . وتضمنت المادة ٤٨٨ من مرشد الحيران أيضا تطبيقا لما جاء في النص السابق حين قالت :

(٢) راجع المادة ٢٥١ من مجلة الأحكام المحلية وتقدم نفس الحكم .

راجع أيضا المادة ٥٦٤ من مجلة الأحكام الشرعية ونصها كالآتي : « ابتداء مدة الاجارة

يعتبر من الوقت الذي سميء في العقد ، وعند عدم ذكره يعتبر من حين العقد » .

« لا يجوز للقاضي أن يهمل المشتري في دفع الثمن للبائع ما لم يكن للمشتري معصرا لا يقدر على الوفاء، فينتظر إلى الميسرة » . وعند الحنابلة قال صاحب المنى^(٤) : « أن من وجب عليه دين حال فطوب به ولم يؤده نظر الحاكم وإن لم يجد له مالا ظاهرا غادى الإعرار فصحة غريمه لم يحبس ووجب انظاره ولم تجز ملازمته لقول الله تعالى : « وإن كان ذو عسرة فنظره إلى ميسرة » .

واستخلاصا مما تقدم يمكننا القول أن للقانون المدني يتفق مع الفقه الاسلامي في وجوب الوفاء بالالتزام فور نشوئه ما لم يتحدد أجل لهذا الوفاء .

وهذا ما عرضنا له من قبل بخصوص المادة ٤١٠ من القانون المدني الكويتي ، وتطبيق المادة ٣٤٦ من القانون المدني المصري .

٣٢٦ - تنقيح - مكان الوفاء :

في تعيين مكان الوفاء ، نرى رأى الحنفية كما تنبئ به المادة ٢٢٣ من مرشد الحيران ونصها كآلاتي :

« محل الوفاء هو المكان الذي تعين في العقد إذا كان الشيء المتقزم بتسليمه مما له حمل ومؤونه كالمكيلات والموزونات والعروض ونحوها فإن كان العقد مطلقا لم يعين فيه مكان للتسليم يسلم الشيء في المكان الذي كان موجودا به وقت العقد » (*) .

(٤) المنى للإمام العلامة موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، الجزء الرابع ، مشار إليه من قبل صفحة ٥٠٢ .

وقارن : المادة ٤٦٧ من مجلة الأحكام التشريعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ونصها كآلاتي :

« إذا ظهر المشتري مقلما أو معصرا ولو ببض الثمن فلبائع خيار الفسخ والرجوع ، بمن يملك ولا يلزمه أن ينظره » .

(٥) ونصت المادة ٢٨٥ من مجلة الأحكام المحلية على أن « مطلق العقد يقتضى تسليم المبيع حيث يوجد وقت العقد ، ونصت المادة ٢٨٧ من المجلة أيضا على أنه « إذا بيع مال على أن يسلم في محل كذا لزم تسليمه في ذلك المحل » .

ونصت المادة ٣٤١ من مجلة الأحكام التشريعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل على أن « مقتضى العقد تسليم المبيع في مكان العقد إذا كان محله لغة » ، ونصت المادة ٣٤٢ من هذه المجلة على أنه « لو شرط للعقد تسليم المبيع في مكان معين مضمون مؤونه ليصله إلى ذلك المكان على البائع » .

والنص واضح - على ما نعتقد - في التفرقة بين فرضي بشأن مكان الوفاء : الفرض الأول : أن يتعين مكان الوفاء في العقد لذي يجب على المدين أن يقوم بالوفاء في هذا المكان إذا كان الدين مما لحله مؤونه مثل الكميات والوزونات والعروض . الثاني : وفيه يكون العقد مطلقا لم يعين فيه مكان الوفاء . وللمدين هنا أن يقوم بالوفاء ويسلم الشيء في المكان الذي كان موجودا به وقت العقد أي أن مكان الوفاء يتحدد بمكان وجود الشيء وقت نشوء الالتزام بتسليمه على مطلق الدين بغض النظر عن مكان وجود هذا الشيء وقت وجوب الوفاء .

ومن تطبيقات ذلك ، ما نصت عليه المادة ٤٨٥ من مرشد الحيران بخصوص أداء الثمن في البيع وجاء بها أنه ، إذا كان مكان أداء الثمن معينا في العقد ، كان للتعيين صحيحا ولزم الأداء فيه إذا كان هذا الثمن مما له حمل ومؤونه . أما إذا كان الثمن مما لا حمل له ولا مؤونه ، كان هذا التعيين غير صحيح . وهناك يرى البعض أن لفظة الحنفى بجيز للباطح أن يطلب المشتري بالثمن أين يشاء (١) .

ومن للتطبيقات أيضا ، ما جاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بخصوص مكان اللوآء بالقرض . فقد نصت المادة ٧٤٣ من هذه المجلة على أنه « لا يجوز اشتراط القضاة ببلد آخر إذا كان القرض مباحا لحله مؤونه أما إذا لم يكن لحلة مؤونه فيصح الشرط ، علو اقترضه نقودا على أن يكتب له بها سنفجا او يدفع مثلها نقفا لأهله في بلد آخر جاز ولا يصح أن يأخذ عليها شيئا » . وإذا كان لنا أن نستخلص من النص ،

(٦) راجع في هذا الرأي عبجي محصاتي ، المرجع السابق صفحة ٤٤٨ وحلتي رقم ٢١١ من نفس الصفحة .

راجع أيضا : ملهم رستم ياز شرح الرحلة مشكور ليه غيا سبيق ، صفحة ١٢٨ واما نذا
شرط دفع الثمن في محل كذا فلا يعتبر الشرط اذ الثمن للبائع في أي محل وجدته وقت كمال الثمن
حاصل ومثونة فالشرط حينئذ يعتبر .

(٧) وتربى من ذلك أيضا ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل من أحكام تتعلق ببرد المنصوب إذ نصت المادة ١٢٧٨ على أنه « يجب على المنصب رد المنصوب للملكة أو للمل الذي نصبه فيه أن يقر عليه ٠٠٠ » ونصت المادة ١٢٨٠ على أنه « إذا نقل المنصب المنصوب إلى مكان آخر نطلب المنصب منه رده إلى مكان المنصب أو إلى مكان في بيض طريقه أو لبقاء المأصل الذي نقله إليه لزم المنصب ذلك » ومهما انتقلا عليه من التسليم في مكان آخر أو من المصلحة في إجراء دفعه »

فانه يمكننا القول بأن الأصل ان يكون الوفاء بالقرض في مكان أو بلد الافتراض وينبنى على هذا الأصل ، انه لا يجوز ان يشترط في القرض ان يتم الوفاء به في بلد آخر غير بلد الافتراض^(٦) الا ان النص فرق بين امرين :

الاول : وفيه يكون القرض مما لحمله مؤونه ولم يجوز الحنابلة الشرط المذكور .

الثاني : وجوز فيه الحنابلة الشرط المشار اليه اذ لم يكن لحمل القرض مؤونه كما لو كان مبلغا نقديا^(٧) .

٣٢٧ - ثالثا - نفقات الوفاء :

تكون نفقات الوفاء في الفقه الاسلامي على الدين . وهو ما اخذ به المشرع في المادة ٤١٣ من القانون المدني الكويتي والمادة ٣٤٨ من مصرية .

ومن تطبيقات ذلك عند الأحناف^(٨) ما ذكرته المادة ٢٨٨ من مجلة الأحكام المحلية وقد نصت على ان « المؤونه المطلقة بالثمن تلزم المشتري فيلزمه وحده اجرة عد النقص ووزنها وما اشبه ذلك » .

ونصت المادة ٢٨٩ ايضا على ان « المؤنه المطلقة بتسليم المبيع تلزم البائع وحده فاجرة الكيال للمكيلات وللوازن للموزونات البيعة تلزم للبائع وحده » ونصت المادة ٢٩٠ من هذه المجلة ايضا على ان « الأشياء المباعة جزافا مؤنتها ومصاريفها على المشتري » .

وغند للحنابلة لا يختلف الأمر ايضا اذ الدين يتحمل نفقات الوفاء فقد نصت المادة ٣٤٥ من مجلة الأحكام للشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل

(٨) قالون عند الحنفية ، المادة ٨٠٢ من مرشد الحيران ونصها كالآتي :

« يجوز الاستعراض ووفاء القرض في بلد أخرى من غير اشتراط ذلك في العقد » .

(٩) نصت المادة ٤٦٦ من مرشد الحيران على ان « المصاريف المطلقة بالثمن كسده ووزنه تلزم المتدري وحده وكذلك مصاريف الحمل » ونصت المادة ٤٦٧ على ان : « على البائع مصاريف التسليم كاجرة الكيل والوازن والقياس ونحوه » . ونصت المادة ٤٦٨ على ان « اجرة كتابة السندات والحجج وصكوك المبيعات تلزم المتدري » .

(م - ٢٩٢) من مجلة الأحكام المحلية .

على أن « مؤنة توفية الثمن على المشتري فطية أجرة النقاد والعمدة للثمن قبل القبض . أما لو تلى للبائع بعد قبضه بنفسه ليتحقق المبيع أو الزائف ليرده فأجرته عليه ولا تلزم المشتري » .

ونصت للمادة ٣٤٤ من هذه المجلة أيضا على أن « مؤنة توفية المبيع على للبائع فتلزمه أجرة كيال ووزان وعداد وفراع فيها بيع على ذلك الوجوه » (١٠) .

ولذا كان الأصل في الفقه الاسلامي كما رأينا أن نفقات اللوفا على الدين ، الا ان هناك حالات لا يلتزم فيها الدين بنفقة اللوفا . وهي حالات لا يكون الدين فيها ملتزما أصلا الا يتمكن صاحب الحق من القبض . من ذلك عند الأحناف ما نصت عليه المادة ٧٩٤ من مجلة الأحكام المدلية بخصوص نفقات رد الوديعة ، يلزم رد الوديعة الى صاحبها اذا طلبها ومؤنة الرد والتسليم عائدة على المودع ، . فالمودع وهو صاحب الوديعة والدائن بالتزام الوديعة بردها ، يتحمل نفقات الرد حتى لو كان للوديعة وهو الدين بالرد قد نقسل الوديعة من محل الى آخر أو كان قد سافر بها الى موضع يجوز له السفر بها اليه ، كانت مؤنة الرد على صاحب الوديعة (١١) .

وعند الحنابلة ، نجد المادة ١٢٤٠ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل واضحة كل للوضوح في هذا الخصوص . فقد نصت على أن « مؤنة رد الوديعة وحملها على مالكها ولبس على اللوديعة الا تمكينه من اخضا » .

وعلى هذا النحو ، فالدين عند الحنابلة ، لا يلتزم اصلا في مثل هذه الحالة الا يتمكن الدائن من القبض .

(١٠) راجع ايضا ما نصت عليه مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الامام أحمد بن حنبل بخصوص نفقات رد المنسوب . ان نصت المادة ١٢٧٩ على أن « مؤنة رد المنسوب على المنسوب ولو بلغت اقساما قيمته » .

(١١) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه فيما سبق ، صفحة ٤٤٠ .

الفصل الثاني

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء

٣٢٨ - تجميع :

ذكرنا أن الالتزام يمكن أن ينقضى بعدة طرق أخرى غير الوفاء به • ولنا ان من هذه الطرق ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء • وهذه للطرق هي الوفاء بمقابل والتجديد والائابة في الوفاء والمقاصة واتحاد اللعة • وعلى ذلك فانقضاء الالتزام بما يعادل للوفاء يعنى الاتقضاء باحدى الطرق السابقة التي توفر للدائن ما كان يحصل عليه لو انقضى الالتزام بالوفاء •

وسوف ندرس هذه الطرق في القانون المدني ونخصص لكل منها مبحثا مستقلا • وننتهي دراستنا لها بمبحث آخر نتناول فيه بعض هذه الطرق في الفقه الاسلامى •

المبحث الأول

الوفاء بمقابل

DATION EN PAIEMENT

٣٢٩ - أولا - ماهية الوفاء بمقابل :

تساؤل المشرع المدني ماهية الوفاء بمقابل ، في الفادة ٤١٤ من القانون المدني الكويتي إذ قال : « إذا قبل الدائن في استيفاء حقه شيئا آخر غير الشيء المستحق قام هذا مقام للوفاء »^(١) .

وعلى ذلك يمكننا القول بأن الوفاء يكون بمقابل إذا رضى الدائن وهو يسبيل استيفاء حقه بشئ آخر غير الشيء المستحق أصلا . وللصورة الشائعة نذكر أن يكون المدين ملتزما بإداء مبلغ نقدي ويصمم شيئا آخر عوضا عنه كنقل ملكية شئ^(٢) .

ويشترط لتحقيق الوفاء بمقابل شرطين أساسيين :

الشرط الأول - التراضي على الوفاء بمقابل :

وفحواه اتفاق طرفيه وهما الدائن والمدين . فالدائن لا يجبر في استيفاء حقه على قبول شئ آخر غير الشيء المستحق أصلا هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فإنه لا يمكن - وينفص القدر - لجبار المدين على الوفاء بمقابل .

أما عن مضمون هذا التراضي ، فإنه يتمثل في وجوب اتفاق الطرفين على أن يكون المقابل الذي يستوفيه الدائن عوضا عن الأداء المستحق أصلا عبارة عن نقل ملكية شئ ، أو إنشاء حق عيني آخر^(٣) . فلو قدم المدين

(١) راجع المادة ٣٥٠ من القانون المدني المصري .

SAVATIER : op. cit., n. 318, p. 386.

(٢)

V. aussi : MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 590, n. 630.

MAZEAUD : op. cit., n. 890, p. 884.

La dation en paiement est subordonnée à un Transfert de propriété ou de droit réel

(٣)

في هذا المعنى : عبد القم الجبرلي ، المرجع السابق رقم ٢٤٤ صفحة ٣٨ وقرن : محمد

ليبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٧٤ صفحة ٣٧٢ .

عوضاً عن الأداء المستحق أصلاً وكان عبارة عن القيام بعمل - والغرض أنه ليس بنقل ملكية - أو كان عبارة عن دين في ذمة الغير لأصبح الأمر خارج نطاق الوفاء بمقابل . إذ الأمر يخص تجسيد الدين بتغيير محله في الحالة الأولى ويخص الحوالة في الحالة الثانية .

الشرط الثاني - استيفاء الدائن للمقابل فوراً :

يجب أن يحصل الدائن على ما رضى به عوضاً عن الأداء المستحق أصلاً . إذ لا يكفي تراضى الدائن والمدين على الوفاء بمقابل بالاتفاق على نقل ملكية شيء أو حق عيني آخر إلى هذا الدائن ، بل يتعين تنفيذ هذا الاتفاق فوراً . فإذا طرأ للتأجيل على تنفيذه أصبحوا بصدد تجسيد الدين يتم بتغيير محله ولا نكون أمام وفاء بمقابل ، وهي نتيجة نصل إليها أيضاً لو كان الشيء محل الملكية شيئاً مستقبلاً^(١) .

٣٣ - ثانياً - التكيف للقانون الوفاء بمقابل :

يتنازع مسألة التكيف هذه عدة اتجاهات^(٢) :

الاتجاه الأول - ويرى في الوفاء بمقابل تجسيدا للالتزام بتغيير المحل :

Novation par changement d'objet

وهو ما أخذ به للقانون الألماني وفحوى هذا الاتجاه تتمثل في أن الوفاء بمقابل يكون - ابتداءً - عبارة عن اتفاق بين الدائن والمدين على تغيير المحل الأصلي للالتزام بمحل آخر جديد . وهذا هو للتجديد ويؤدي إلى انقضاء الالتزام الأصلي بتأميناته وينشأ التزام جديد يجب الوفاء به ويكون ذلك بتجديد المدين لمقابل آخر عوضاً عنه^(٣) .

ويكفي في عدم قبول هذا التكيف أن تبرز اختلافاً في الماهية بين التجديد والوفاء بمقابل . فالتجديد يؤدي إلى انقضاء التزام قديم ونشوء آخر جديد محله ولم يبق لأهلنا سوى هذا الالتزام بمحله للتجديد لا يمكن القول بأن هذه العملية تتضمن وفاء من قريب أو بعيد . كل ما هنالك أنه

MAZEAUD : op. cit.,

(٤)

(٥) راجع في بسط هذه الاتجاهات :

MARİY et RAYNAUD : op. cit., n. 590, p. 630-632.

MAZEAUD : op. cit., n. 891-895, p. 884-886.

(٦) وهذا الاتجاه ما أخذت به مذكرة المرسوم التمهيدى للقانون المدني المصري . راجع

الأعمال التحضيرية ج ٢ ، صفحة ٢٢٧ .

يتعين على الدين للوفاء، بالالتزام الجيد . أما في الوفاء بمقابل . فإنه لا يكفي فيه مجرد رضا الدائن بالمقابل الجديد عوضاً عن الأداء المستحق أصلاً ، ولا يكفي فيه أيضاً مجرد انتزاع الدين من تطبيق هذا المقابل ، بل يتعين حصول الدائن عليه فعلاً وهذا شرط أساسي في الوفاء بمقابل ، لا شك يختلف به عن التجديد ويكفي فيه مجرد الالتزام الدين للوفاء، بالالتزام الذي نشأ جديداً دون الوفاء به فعلاً . وقد أجعل الاستثناء مازو كل ما تقدم في عبارة موجزة مؤداها : أنه ما دلم هناك وفاء فلا يتصور الحديث عن نشوء الالتزام ثانٍ جديد^(٢) .

الاتجاه الثاني - ويرى في الوفاء بمقابل بيعاً تعقبه مقاصه :

ولو كان الدين ملتزماً بفتح مبلغ نقدي أصلاً وتعدر عليه أداء المبلغ وتقدم بدلاً منه ملكية شيء ، وقيل للدائن ، كان ذلك وفاء بمقابل إلا أنه يعني في نفس الوقت أن الدين قد باع للدائن شيئاً بثمن يعادل قيمة الدين لأصلي . ثم تقع مقاصه بين هذا الثمن الذي يستحقه الدين لقاء ما باع من ناحية والدين الذي يستحقه الدائن من ناحية أخرى . وينقضي كلاهما بها .

وتستدري أن هذا الاتجاه لا يمكن قبوله نظراً لأنه يترتب نتيجة لا تفتح أحداً . إذ يضيّق من نطاق الوفاء بمقابل ويحصره في حالة ما إذا كان الالتزام الأصلي في ذمة الدين يتمثل محله في مبلغ نقدي . فهو للفرض للوحيد الذي يمكن القول فيه بأن الوفاء بمقابل يعد بيعاً . صحيح أنه للصورة الشائعة للوفاء بمقابل لكنه ليس للصورة الوحيدة . فلو فرضنا أن الدين ملتزم أصلاً بالتقييم بعمل وتفق مع الدائن على الوفاء بمقابل بتقديم ملكية شيء ، ففي هذا الفرض يستحيل تكيف الوفاء بمقابل على أنه بيع . وعلة ذلك ترجع ببساطة إلى لعدم ركز أساسي في البيع وهو الثمن للنقدي^(٣) .

الاتجاه الثالث :

ويرى في الوفاء بمقابل مزيجاً من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية . وهو ما أخذ به - على ما يبدو لنا - المشرع الكويتي فقد

MAZEAUD : op. cit., n. 892, p. 885.

(٧)

ولم في نقد هذا الاتجاه أيضاً : عبد القم الجبروي ، المرجع السابق رقم ٢٤٦ من

(٨) في هذا المعنى ، عبد القم الجبروي ، المرجع السابق ، رقم ٢٤٦ ، صفحة ٤٠٠ .
ولم في نقد هذا الاتجاه أيضاً : السنيوري ، الوسيط ، ج ٢ ، ص ٢٤٧٨ ، ٨٠٢ .

جاء في الفكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون أنه « ويترتب على الوفاء بمقابل نقل ملكية شيء من ذمة الدين إلى ذمة الدائن وفاء بالالتزام سابق بينهما فهو بهذه المثابة تجسيد بتغيير الالتزام يتبعه ويمتزج به الوفاء بالالتزام الجديد على الفور » (١) .

٣٣١ - ثالثاً - آثار الوفاء بمقابل :

نص التقنين المدني الكويتي في المادة ٤١٥ (م ٣٥١ مدني مصري) على احكام تهيمن على الوفاء بمقابل في انتاجه وآثاره والنص كالآتي « يسرى على الوفاء بمقابل من حيث انه ينقل ملكية الشيء الذي اعطى في الدين ، احكام البيع ، وعلى الأخص ما يتعلق منها بأهلية المتماثلين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ويسرى عليه من حيث انه يقضى للدين احكام الوفاء وبالأخص ما تعلق منها بتعيين الخصم في الوفاء من الديون المتعددة وبانقضاء التامينات » .

والمنى الواضح للنص ، يؤدي بنا إلى القول أن المشرع وهو يتناول احكام الوفاء بمقابل ، قد أخذ في اعتباره ، وفي المقام الأول ، أن المقابل يجب أن يكون نقل ملكية شيء أو أي حق يعني آخر كالانتفاع ومن هذه الناحية فإن الأثر الجوهرى لنظام الوفاء بمقابل هو انتقال ملكية الشيء - المقدم من الدين عوضاً عن الأداء الأصلي - إلى الدائن . ومن هنا فإنه يخضع لأحكام للبيع ، وفي المقام الثاني ، وعلى أساس أن تحقيق الأثر السابق وهو حصول الدائن فعلاً على المقابل عوضاً عن الأداء الأصلي وذلك بانتقال ملكية الشيء إليه مما يعني لنقضه الالتزام الأصلي ، فإن الوفاء بمقابل يخضع على هذا النحو لأحكام الوفاء .

ومن ناحية خضوع الوفاء بمقابل لأحكام البيع :

فإنه ومحور ذلك انتقال ملكية الشيء إلى الدائن ، يمكننا أن نصور الآثار الآتية :

(١) يحكم العلاقة بين الدين الذي قدم للشيء عوضاً عن الأداء الأصلي من ناحية والدائن الذي استوفى العوض بانتقال ملكية الشيء إليه ، أحكام ضمان الاستحقاق بين البائع والمشتري . وعليه ، فلو استحق الشيء من يد الدائن نتيجة للتعرض للقانوني له بادعاء الغير أن له حقاً عليه ، كان له - كما لو كان مشترياً - للرجوع على الدين

(١) راجع الفكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي صفحة ٢٠٠ .

بالتصويض كما لو كان بائنا ، وفقا لأحكام هذا النوع من الضمان
التي نص عليها المشرع في المواد ٤٨٢ - ٤٨٥ من القانون المدني
الكويتي^(١٠) .

ويلاحظ بالنسبة لفرض الاستحقاق الذي نملجه ان الدائن
وقد استحق منه الشيء لا يمكنه أن يطالب الدين بالدين مرة
أخرى - إذ الدين قد انقضى ، هذا من ناحية ، كما لا يمكنه من
ناحية أخرى المطالبة بنفس الشيء إذ يستحيل على المدين أن يرده
لديه وهو مملوك للغير . لذا قلنا أن الدائن لا يرجع على الدين إلا
بتصويض .

(ب) تحكم للعلاقة بين الدين والدائن ما ينظم علاقة البائع والمشتري
بخصوص ضمان الميوب الخفية فلو ظهر من الشيء الذي رضى به
الدائن مقابل عيب خفي كان له أن يرجع بضمان الميوب الخفية
وفقا لأحكام المادة ٤٨٦ من القانون المدني الكويتي وما يمدها^(١١) .

أما من ناحية خضوع الوفاء بمقابل لأحكام الوفاء :

فانه ، وأساس ذلك ، انقضاء الدين الأصلي بالوفاء بالمقابل الجديد ،
يمكننا أن نحصد النتائج التالية :

(أ) تنقضي للتأمينات التي كانت تضمن الدين الأصلي الذي انقضى بتمام
الوفاء بمقابل إذ الفرع يتبع الأصل .

(ب) إذا تمحيت الديون في ذمة الدين والدائن ولحد وكان ما تحميه
لا يكفى بالوفاء بها جميعا ، فإن تعيين الدين الذي تم الوفاء به يكون
وفقا للتواعد التي بحثناها من قبل في هذا الخصوص ونحن
نتكلم عن الوفاء باعتباره سببا لانقضاء الالتزام .

(١٠) راجع احكام ضمان الاستحقاق في البيع ، في القانون المدني المصري : المواد

٤٤٦ - ٤٤٧ .

(١١) راجع احكام ضمان الميوب الخفية في البيع ، في القانون المدني المصري : المواد

٤٤٧ - ٤٥٠ .

٣٣٢ - الوفاء بمقابل في مشروع القانون المدني المصري الجديد :

في تعريف الوفاء بمقابل ، نصت المادة ٣٣٩ من المشروع على أنه
« إذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً استعاض به عن الثمن المستحق قام
هذا مقام الوفاء » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٠ من القانون المدني المصري الحالي ،
كما تطابق أيضاً المادة ٤١٤ من القانون المدني للكويتي .

وفي آثار الوفاء بمقابل وخضوعه لأحكام البيع والوفاء نصت المادة
٣٤٠ من المشروع على ما يأتي : « يسرى على الوفاء بمقابل من حيث أنه ينقل
ملكية شيء أعطى في مقابلة الدين ، أحكام البيع ، وبالأخص ما تنطق منها بأهلية
المتعاقدين وضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية » . ويسرى عليه من
حيث أنه يقضى الدين لأحكام الوفاء ، وبالأخص ما تنطق منها بتعيين جهة
الدفن وانقضاء التامينات » .

والمادة المقترحة هذه تطابق المادة ٣٥١ من القانون المدني المصري
الحالي . مع استبدال عبارة « من حيث أنه ينقل ملكية شيء » ، بعبارة « فيما
إذا كان ينقل ملكية شيء » ، الواردة في ذلك لفصل المدني المصري الحالي . وفوق
ذلك فهذه المادة المقترحة إنما تطابق المادة ٤١٥ من القانون المدني
الكويتي .

البحث الثاني

التجديد

٣٣٣ - ماهية التجديد^(١) :

للتجديد هو استبدال دين جديد بأخر قديم أو هو لحال دين جديد محل دين آخر قديم يختلف عنه إما في أحد الأطراف أو المصدر أو المحل فالتجديد بعبارة وجيزة اتفاق ينقضي به دين وينشأ بمقتضاه آخر محل محل الأول ويختلف عنه في عنصر من عناصره الأساسية .

والتجديد على هذا النحو المتقدم ، إما أن يكون شخصيا أو موضوعيا ويكون التجديد شخصيا إذا كان بتغيير أحد طرق الالتزام للدائن أو المدين دون أن يشمل هذا التغيير محل الالتزام أو مصدره . ويكون التجديد موضوعيا إذا كان بتغيير محل الالتزام أو مصدره مع بقاء طرفيه دون تغيير .

٣٣٤ - مقومات التجديد :

لكي يتحقق التجديد لابد من توافر المقومات الآتية :

٣٣٥ - أولا - الاتفاق على التجديد :

لا يقوم التجديد الا باتفاق أطرافه من ذوى الشأن . وفي الواقع ، فإن تحديد أطراف التجديد ، ويعتبر اتفاقهم ضروريا لقبوله ، مسألة تختلف في تحديدها تبعا لنوعية التجديد^(٢) .

(١) راجع : المنهوي ، الوسيط ، ج ٢ ، رقم ٤٨٤ ، صفحة ٨١٣ .

راجع أيضا :

CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 529.

MAZEAUD : op. cit., n. 1208, p. 1111.

SAVATIER : op. cit., n. 271, p. 332.

(٢)

V. CARBONNIER : op. cit., n. 135, p. 530 La novation subjective-
La novation objective.

١ - التجديد الشخصي :

ويكون بتغيير أحد طرق الالتزام للقديم ، الدائن أو المدين ، وهذا يفترض بطبيعة الحال دخول شخص أجنبي أما باعتباره دافعا أو باعتباره مدينا وفي هذه الصورة لا يقوم التجديد - ابتداء - الا باتفاق طرفي الالتزام للقديم اضافة الى الشخص الأجنبي وذلك على التفصيل الآتي لغرض متعددة للتجديد الشخصي *

(أ) اذا كان التجديد بتغيير الدائن :

بان يتفق على تغيير شخص الدائن بحيث يكون الدائن في الالتزام الجديد غيره في الالتزام للقديم فان تجديدا مثل هذا لا يقوم الا باتفاق اطراف ثلاثة هم : الدائن والمدين في الالتزام للقديم اضافة الى الدائن الجديد . ونصت على هذا الحكم المادة ٤١٦/٢ من القانون المدني الكويتي (م ٣٥٢ ثالثا مدني مصري) *

(ب) اذا كان التجديد بتغيير المدين :

بان يتفق على تغيير للمدين بحيث يكون المدين في الالتزام الجديد غيره في القديم ، فان اتفاقا على مثل هذا التجديد يمكن ان يتم باتفاق اطراف ثلاثة هم : الدائن والمدين في الالتزام للقديم اضافة الى المدين الجديد ، كما يمكن ان يتم ايضا باتفاق شخصين فقط هما الدائن في الالتزام للقديم والمدين الجديد . ونصت على ذلك المادة ٤١٦/٢ من القانون المدني الكويتي (م ٣٥٢ ثانيا مدني مصري) *

٢ - التجديد الموضوعي :

ويكون بتغيير محل الالتزام ، ومصدره ومثال الاول ان يكون الالتزام لتقديم بتسليم بضاعة وللجديد بدفع مبلغ نقدي (٢) . ومثال الثاني اتفاق المؤجر مع المستأجر على ان يستبقى الأخير الأجرة المستحقة عليه على سبيل القرض ويصير التزامه باداء هذا المبلغ مصدره عقد القرض لا الايجار (٤) *

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 838, p. 842.

(٢)

MAZEAUD : op. cit., n. 1222, p. 1116.

(٤)

وتجدر الإشارة الى أن التجديد يخضع - باعتباره عقدا - للقواعد العامة في إبرام العقود من حيث أركان الاتمقاد وتوافر شروط الصحة .

٣٣٦ - ثانيا - طول التزام جديد محل الالتزام القديم يختلف عنه في عنصر أساسي :

لا يكفي تراضى او اتفاق ذوى الشأن على التجديد حتى يقوم ، بل يتعين فوق ذلك أن ينشأ للالتزام جديد يكون مغايرا للالتزام القديم في عنصر الأساسية ومى الأطراف أو المحل أو المصدر على نحو ما فصلنا من قبل . وعلى ذلك ، لا يوجد تجديد اذا جاء للتغيير بعيدا عن العناصر الجوهرية المذكورة بان شمل عنصر ثانوية مثل زمان الوفاء أو مكانه (*) .

وطول الالتزام الجديد محل القديم يفترض بالضرورة وجود الأخير . وعلى ذلك فإنه لو كان الالتزام القديم باطلا مطلقا أو قابلا للإبطال وتقرر إبطاله فمن من غير التصور وجود التجديد ، وهذا ما نصت عليه المادة ٤١٧ مدنى كويتى (م ٣٥٣ مدنى مصرى) .

٣٣٧ - ثالثا - نية التجديد : L'intention de nover.

على أساس أن للتجديد يمد عقدا على ما ذكرنا ، فإنه يستوجب أن تتوافر لدى طرفيه النية عليه وبصورة واضحة . ونية التجديد تعنى توافر القصد لدى أطرافه على انقضاء التزام قديم وإحلال آخر جديد محله باتجاه الإرادة الى ذلك وهذا يعنى بطبيعة الحال أن التجديد لا يمكن أن يفترض^(٦) . وأن من الممكن أن يكون ضمنيا إذ ليس من الضروري أن يكون صريحا .

والتجديد إذ يكون ضمنيا فإنه يستخلص من ظروف يجب أن يكون واضحة . وقد نصت على ذلك المادة ٤١٨ من القانون المدنى الكويتى بقولها « التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو يستخلص بوضوح من الظروف » وهو ما نصت عليه ايضا المادة ٣٥٤ من القانون المدنى المصرى فى فقرتها الأولى بينما اضافت فى فقرتها الثانية تأكيداً لما تقدم « وبوجه خاص لا يستفاد للتجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما

(٥) راجع المادة ٣٥٤/٢ مدنى مصرى .

(6) MARTY et RAYNAUD : op cit., n. 839, p. 843.

(٦)

يحدث في الالتزام من تغير لا يتناول الا زمان الوفاء او مكانه او كميته ، ولا
ما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التامينات ما لم يوجد
اتفاق يقضى بغير ذلك . *

٣٣٨ - آثار للتجديد :

يقترَّب على التجديد لنقضاء الالتزام للقديم ونشوء الالتزام الجديد
وقد نصت على ذلك المادة ٤١٩ من القانون المدني الكويتي (م٠ ١/٣٥٦
مدني مصري) * وعلى ذلك يمكننا القول بان التجديد اثرين (٢) أحدهما
مسقط والآخر منشيء . *

L'effet extinctif

٣٣٩ - الأثر المسقط :

تقرر المادة ١/٤١٩ من القانون المدني الكويتي (م٠ ١/٣٥٦ مدني
مصري) للقاعدة في هذا الشأن . وحسبنا تقدير ، فان الأثر المسقط يتمثل
- وهو يلحق الالتزام القديم - في انقضاء هذا الالتزام وتوابعه ومنها ما
كان يضمنه من تامينات . وعليه فلو كان الدين الذي انقضى مضمونا برهن
او كفالة ، فانها تنقضي أو تسقط تبعاً لانقضاء الدين ، ولازم ذلك بطبيعة
الحال انه ليس في مكنة الدلائل بالالتزام للتجديد الاستفادة منها . *

واستثناء على للقاعدة السابقة ، اجاز المشرع المدني الكويتي في الفقرة
الثانية من النص السابق ، انتقال ما كان يضمن الالتزام القديم من تامينات
الى الالتزام الجديد شريطة وجود نص قانوني على ذلك او اذا تبين ان النية
قد انصرفت لايه اى بالاتفاق . وهو الحكم الذي نصت عليه الفقرة الثانية
من المادة ٣٥٦ من القانون المدني المصري مع اختلاف في الصياغة . *

وفي بيان احكام انتقال هذه التامينات ، نتخذ المشرع الكويتي مسلكا
يفرق به بين انتقال التامينات للمنية وبين انتقال التامينات للشخصية . وورد
حكم انتقال التامينات للمنية في نص واحد هو نص المادة ٤٢٠ سواء
كان منها ما تحممه الدين او غيره ، ويختلف - بهذا المسلك - عن المشرع المدني
المصري الذي خص المادة ٣٥٧ بحكم انتقال التامين للعين المتحمم من الدين
واورد في المادة ٣٥٨ حكما يخص انتقال التامينات للشخصية من غير الدين سواء
كانت عينية او شخصية . *

(7) CARBONNIER : op .cit., n. 135, p. 352.

أولاً - حكم انتقال التامينات العينية (م ٤٢٠٠ مضي كويتي) :

نفق بين ما اذا كانت مقحمة من الدين أو غيره :

١ - اذا كانت مقحمة من الدين :

نفق أيضا بين احتمالات ثلاثة :

(أ) أن يكون التجديد بتغيير الدين وفيه تنتقل التامينات الى الدين الجديد شريطة ألا يؤثر ذلك على حقوق الغير * ويتأني تأني الغير في حقوقه لو اتفق الدائن والدين على انتقال التامين العيني لضمان الدين الجديد بقيمة تزيد على قيمة الدين القديم اذ الاتفاق بخصوص امتداد لضمان الى القدر للزائد من الدين الجديد لا ينفذ في مواجهة الغير حتى لا يضار * والغير هو كل دائن آخر يكون دينه مضمونا بحق عيني على التامين المقدم ضمانا للدين القديم متى كان تاليا له في المرتبة (٨) *

(ب) أن يكون التجديد بتغيير الدين ، وفيه يجوز للدائن والدين الجديد الاتفاق على استبقاء التامين بغير رضا الدين الأصلي ويبقى التامين على حالة يتحمل المين المقحمة منه ، ويعتبر في هذه الحالة بمثابة للكتيل العيني للدين الجديد *

(ج) اما اذا كان التجديد بتغيير الدائن فيصير الاتفاق بين اطراف للتجديد ثلاثتهم على انتقال التامينات *

(د) اذا كانت للتامينات العينية مقحمة من سوى الدين فانها لا تنتقل الى الدين الجديد الا بموافقة من قدم هذه التامينات وبشرط ألا يضر ذلك بحقوق الغير *

وبلاحظ أن الاتفاق على انتقال التامينات العينية الى الدين الجديد لا ينفذ في حق الغير الا اذا كان هذا الاتفاق معاصرا وقت الاتفاق على التجديد * ويسري هذا للشرط سواء كانت هذه التامينات مقحمة من الدين أو من سواه * فاذا كان الاتفاق على انتقال التامينات لاحقا للاتفاق على

(٨) انظر الفكرة الاصلية للفقهاء الكويتي ، مشار إليها من قبل ، ص ٢٠٩ .

التجديد كان معنى ذلك ان الاتفاق على التجديد قد تم مجردا من انتقال التامينات ومن ثم فانها تقتضى بانقضاء الدين القديم (م - ٣/٤٢) معنى كويتي) .

ثانيا - حكم انتقال التامينات للشخصية :

يقضى نص المادة ٤٢١ معنى كويتي بعدم انتقال التامينات الشخصية او التضامن الى الدين الجديد الا برضاء الكفيل او المدين التضامن ويترتب على ذلك القول بانه لو كان الدين القديم مضمونا بكفالة شخصيه فانها لا تضمن الدين الجديد الا برضاء الكفيل وما ينبغي ان يلاحظ هنا « ان انتقال الكفالة الشخصية او التضامن الى الدين الجديد - وعلى النحو المتقدم بذلك - انما ينفذ في مواجهة الغير ، وعلى خلاف الاتفاق على انتقال التامينات الشخصية ، دون ان يشترط معاصرتة للاتفاق على التجديد . ومن ثم فانه يتصور - وعند حصول التجديد - رضا الكفيل الشخصى او المدين التضامن بالانتقال المذكور . كما يتصور هذا الرضاء لاحقا لهذا التجديد وفي الحالة الاخيرة يمكن الاتفاق على اثر رجعي له .

٣٤٠ - اثر القسي : L'effet créateur

يترتب على اتفاق ذوى الشأن على التجديد بتوافر ما عرضنا من مفومات هي لازمة لذلك وبتابع الاحكام المقررة في هذا الشأن ، نشوء التزام جديد يحل محل الالتزام القديم الذي لنقضى . ويلاحظ ان انقضاء الالتزام القديم يرتبط به نشوء الالتزام الجديد(*) . وهذا مقتضى التجديد وجوهه اذ لا ينشأ الالتزام الجديد الا بانقضاء الالتزام القديم وانقضاء القديم يستوجب نشوء الجديد .

ويلاحظ ان الالتزام الجديد له مقوماته الذاتية(**) ومن ثم يختلف عن الالتزام القديم . اذ لابد ان يختلف عنه في عنصر من عناصره الأساسية على ما ذكرنا من قبل .

والالتزام الجديد له مقوماته للذاتية يعنى ان له صفاته ودفوعه وتاميناته . فالالتزام للجديد لا يكون الا عتديا بغض النظر عن القديم

MAZEAUD : op. cit , n. 1229, p 1118.

(٩)

(١٠) السهوري ، الوسيط . ج ٣ ، رقم ٥٨ ، صفحة ٨٤٣ .

عذلك فقد عرضنا للتأمينات وعلنا أن تأمينات الدين القديم تنقضى معه أصلاً إلا إذا اتفق على انتقالها وفقاً لأحكام المادتين ٢٢٠ ، ٢٢١ من القانون المدني الكويتي على ما ذكرنا من قبل - وعليه فإنه يمكن أن نتصور الالتزام الجديد بتأمينات أو بدون تأمينات - كذلك فإنه فيما يتعلق بالفروع ، الأصل أن للالتزام الجديد دفوعه المستقلة - ذلك أن دفوع الالتزام القديم تنقضى معه ولا تنتقل إلى الالتزام الجديد - وتظهر جلية أهمية ذلك لو كان الجديد شخصياً وتم بتغير الدائن - إذ لا يجوز للمدين التمسك في مواجهة الدائن الجديد بما كان له من دفوع في مواجهة الدائن لقديم^(١١) .

٣٤١ - أحكام التجديد في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولاً - ففي التجديد ومقوماته وأنواعه ، نصت المادة ٣٤١ من المشروع على ما يأتي : « يتجدد الالتزام » :

أولاً - بتغيير الدين إذا اتفق الطرفان على أن يستبدل بالالتزام الأصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله أو مصدره .

ثانياً - بتغيير الدين إذا اتفق الدائن مع أجنبي على أن يكون هذا الأجنبي مديناً مكان الدين الأصلي ، وعلى أن يبرأ ذمة الدين الأصلي دون حاجته لرضائه ، أو إذا حصل الدين على رضا الدائن بشخص أجنبي قبل أن يكون هو الدين الجديد .

ثالثاً - بتغيير الدائن إذا اتفق الدائن والمدين وأجنبي على أن يكون هذا الأجنبي هو الدائن الجديد .

والنص كما هو واضح - يتكلم عن التجديد الموضوعي بتغيير محل الالتزام أو مصدره ، كما يتناول أيضاً التجديد الشخصي ، أما بتغيير الدين ، ولما بتغيير الدائن - وقد عرضنا لذلك فيما سبق ، وهذه المادة المقترحة تطابق المادة ٣٥٢ من القانون المدني المصري الحالي كما تطابق أيضاً المادة ٤١٦ من القانون المدني الكويتي .

ثانيا - وفي شروط التجديد ، نصت المادة ٣٤٢ من المشروع على انه :

« ١ - لا يتم التجديد الا اذا كان الالتزام القديم والجديد قد حلا كل منهما من اسباب الابطال » .

٢ - اما اذا كان الالتزام القديم قد نشأ عن عقد موقوف ، فلا يكون التجديد صحيحا الا اذا قصد بالالتزام الجديد اجازة العقد وان يحل محله » .^{٤١}

والمادة تطابق المادة ٣٥٣ من القانون المدني المصري الحالي مع استبدال عبارة « عقد موقوف » بالوردة بالمادة المقترحة بعبارة « عقد قابل للابطال » الواردة في النص المدني المصري الحالي . لأن المشروع أخذ بفكرة العقد الموقوف بدلا من فكرة العقد القابل للابطال .

ثالثا - وقد تناول المشروع آثار التجديد في ثلاث مواد :

الأولى : المادة ٣٤٥ ونصها كالآتي :

« ١ - يترتب على التجديد ان ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وان ينشأ مكانه التزام جديد » .

٢ - ولا تنتقل الى الالتزام الجديد للتأمينات التي كانت تكفل تنفيذ الالتزام الأصلي الا بنص في القانون أو اذا تبين من الاتفاق أو من الظروف ان فيه المتماخدين قد انصرفت الى ذلك ، وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٦ من القانون المدني المصري الحالي كما تطابق المادة ٤١٩ من القانون المدني الكويتي .

الثانية : المادة ٣٤٦ ونصها كالآتي :

« ١ - اذا كان تأمينات معينة قحمها المدين لكفالة الالتزام الأصلي فان الاتفاق على نقل هذه للتأمينات الى الالتزام الجديد تراعى فيه الاحكام التالية :

(أ) اذا كان للتجديد بتغيير الدين جاز للدائن والمدين ان يتفقا على انتقال للتأمينات الى الالتزام الجديد في الحدود التي لا تلحق ضمرا بالغير .

(ب) إذا كان التجديد بتغيير الدين ، جاز لخدامن والدين «جديد ان يتفق على استيفاء التامينات دون حاجه الى رضا الدين «قديم»

(ج) إذا كان التجديد بتغيير الدائن جاز للمتعهدين ثلاثتهم ان يتفوا على استيفاء التامينات *

٢ - ولا يكون الاتفاق على نقل لتامينات نافذا في حق الغير الا اذا تم مع التجديد في وقت واحد ، وهذا مع مراعاة الاحكام المتعلقة بنسجيل *

وهذه المادة المقترحة تقابل المادة ٣٥٧ من القانون المدني المصري الحالي وتطابق المادة ٤٢٠ من القانون المدني الكويتي . وقد نبهنا من قبل الى ان القانون المدني الكويتي قد اورد حكم اذتقال للتأمينات العينية بصفة عامة . سواء كانت مقسمة من الدين او غيره ، في نص واحد هو نص المادة ٥٢٠ . بخلاف القانون المدني المصري الحالي كما اوضحنا من قبل . ويكون ذلك لنص المقترح من مشروع قد جاء على نهج هذا النص الكويتي . وفي الحقيقة ، فان المادة المقترحة سابقة الذكر انما تتقابل حكم المادة ٤١٧ من القانون المدني الكويتي ونصها كالاتي :

« اذا كان احد الالتزامين الأصلي او لجديد باطلا فان للتجديد لا ينع » ويهنا هنا ان نبرز ما جاء بالمشروع تطبيقا على المادة المقترحة المشار اليها من انها « تطابق في حكمها المادة ٤٢٠ من التقنين المدني للكويتي » وهذا غير صحيح ويستوجب اعادة النظر *

وفي شروط التجديد ايضا ، تكلمت المادة ٣٤٣ من المشروع عن نية التجديد ، ويجري نصها على النحو التالي :

« ١ - للتجديد لا يفترض ، بل يجب أن يتفق عليه صراحة ، او ان يستخلص بوضوح من الظروف *

٢ - ويوجه خاص لا يستفاد للتجديد من كتابة سند بدين موجود قبل ذلك ، ولا مما يحدث في الالتزام من تغير لا يتناول الا زمان الوفاء او مكانه او كميته ، ولا مما يدخل على الالتزام من تعديل لا يتناول الا التامينات ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره » *

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٤ من القانون المدني المصري الحالي مع حذف عبارة « أو مسعر للفائدة » التي وردت في الفقرة الثانية من الأخيرة

بمعد عبارة « الا للتأمينات » ، ذلك جريا على احكام المريعة الاسلامية في تحريم
الفوائد الربوية .

وهذه المادة تطبق في فقرتها الاولى المادة ٤١٨ من القانون المدني
الكويتي وتنص على ان « للتجديد لا يفترض بل يجب ان يتفق عليه صراحة
او يستخلص بوضوح من الظروف » .

الثالثة : المادة ٣٤٧ ونصها كالاتي :

« لا ينتقل الى الالتزام للجديد الكفالة عينية كانت او شخصية ولا
التضامن الا اذا رضى بذلك الكفلاء والمدينون المتضامنون » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٨ من القانون المدني الحالي كما تطابق
ايضا الفقرة الثانية من المادة ٤٢٠ اضافة الى المادة ٤٢١ من القانون المدني
الكويتي .

والفقرة الثانية المذكورة نصها كالاتي : « فاذا كانت التأمينات العينية
مقدمة من اجنبي فلا يتم انتقالها الا برضاء من قدمها ايضا » اما المادة ٤٢١
فنصها كالاتي : « لا ينتقل الى الالتزام للجديد الكفالة للشخصية او التضامن
الا اذا رضى بذلك الكفلاء او المدينون المتضامنون » .

البحث الثالث

الانابة في الوفاء

La Délégation

٣٢٢ - تعريف لانابة :

تتناول المشرع المدني ماهية الانابة في المادة ٤٢٢ من القانون المدني
سوري (م ٣٥٩ مدني مصري) فقد نصت لفقرة الاولى من هذا النص
على ما يأتي :

« تتم الانابة اذا اتفق الدين واجنبي على أن يقوم بوفاء الدين معه
• مدانه » اما الفقرة الثانية فنصها كالآتي :

« على انه يلزم لبراءة ذمة الدين الأصلي موافقة الدائن » •

ومن النص السابق بفقرتيه يمكن القول بان النيابة عبارة عن اتفاق
يقدم بمقتضاه الدين لدائنه - ويمولقته - مدينا جديدا يقوم بالوفاء (١) •

وبعبارة أخرى فانه يمكننا تعريف الانابة في الوفاء بانها عبارة عن اتفاق
بين دائن ومدين واجنبي يتمهد بمقتضاه الاخير بوفاء الدين للدائن عن الدين أو
بدلا منه •

وأطراف الاتفاق ثلاثة اشخاص : الدين الأصلي ويسمى الخيب *le délégant*
الدين الجديد ويسمى الخيب *Le déléataire* الدائن ويسمى الخيب *Le délégué*
•

وللغالب ان الخيب يرضى بوفاء الدين عن الدين أو مكلنه لان هناك علاقة
مديونية سابقة - هو مدين فيها - تربطه الخيب • مثال ذلك (ا) مدين بمبلغ
١٠٠٠٠ ريال ، (ب) هو الدائن • وهناك شخص آخر (ج) دائن بمبلغ
١٠٠٠٠ ريال والدين هو (ب) • فيتفق هؤلاء الأشخاص ثلاثتهم على أن

SAVATIER : op. cit., n. 275, p. 334.

يقوم (أ) عن (ب) بوفاء الدين مباشرة للدائن (ج) ويترتب على ذلك براءة ذمه (ب) في مواجهة (ج) وفي نفس الوقت تبرأ ذمة (أ) في مواجهة (ب) .

ولكن يلاحظ أنه يتصور رضا النائب وفاء للدين عن المدين أو مكانه دون أن تربطه به علاقة مديونية سابقة . فهذه العلاقة ليست شرطا لا تقوم الانابة دونه ونصت على ذلك لفقرة الثالثة من المادة ٤٢٢ مدي كويتي (م . ٢/٣٥٩ مدي مصرى) إذ قالت : « ولا تقتضى الانابة ان تكون هناك مديونية سابقة بين المدين والأجنبي » .

٣٤٢ - نوعا التفعية :

نكرنا ان مقتضى الانابة في الوفاء تمهد شخص اجنبى (النائب) بالوفاء للدائن (النائب لديه) عن المدين (المنيب) . وقد يبقى المنيب مسؤولا عن الدين مع النائب امام النائب لديه وهذه صورة للانابه . وقد يتفق على براءة ذمة المنيب ليكون النائب وحده مسؤولا عن الدين وهذه صورة أخرى .

فاذا اتفق على بقاء المنيب مسؤولا عن الدين مع النائب في مواجهة النائب لديه كانت الانابة ناقصة
délégation imparieite
اما اذا اتفق على براءة ذمة المنيب مما يعنى بقاء النائب وحده مشؤولة
délégation parfaite.
بالمدين كانت الانابة كاملة .

والفارق واضح بين النوعين ففي الانابة الكاملة يقتضى الالتزام الاصلى ومن ثم تبرأ منه ذمة المنيب وينشأ على عاتق النائب للالتزام جديد يتعين عليه الوفاء به للمصاب لديه ولذلك تمد هذه الانابة تحجيذا بتغيير شخص المدين^(١٣) . ولذا فان الاتفاق عليها يجب ان يكون صريحا ونصت على ذلك لفقرة الاولى من المادة ٤٢٣ من القانون المدي الكويتى (م . ١/٣٦٠ مدي مصرى) إذ قالت : « اذا كان مقتضى الانابة أن يحل للالتزام النائب مكان الالتزام فنيب اعتبر ذلك تحجيذا للالتزام بتغيير المدين ويترتب عليه براءة ذمة المنيب قبل النائب لديه » .

MAZEAUD : op. cit., n. 1238, p. 1127.

SAVATIER : op. cit.,

أما في الاتية الناقصة ، فلا ينقضي الالتزام الأصلي ومن ثم تبقى ذمة الحبيب مشغولة بانئين لا تنبأ ، كل ما هنالك انها ترتب نشوء التزام جديد يصوم الى جانب الالتزام الاصلى . لذا فهي لا تنطوى على تجسيد بخلاف الانابة الكاملة .

ويجدد بنا ان نشير الى ان الاتية تكون ناقصة دائما الا اذا كان اتفاق على الانابة صريحا في اتجاه ارادة الاطراف بوضوح الى الانابة سخامته . ونصت على هذا الحكم الفقرة الثانية من المادة ٢٢٠ من القانون الكويتى (م ٢/٢٦٠ م٢) اذ قالت : « لا يفترض التجديد في الانابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح على التجديد فم الالتزام الجديد من جانب الالتزام الاول » .

وعلى الرغم مما تقدم ، تتفق الاتية الكاملة والناقصة في فكرة واحدة منبني عليها الانابة بصفة عامة ومؤداهما : ان التزام الخاب يعد للزما محردا من سببه اى عن العلاقة التي تربطه بالنبيب^(١) . ولازم ذلك بطبيعة الحال ان التزام الخاب يكون صحيحا بغض النظر عن التزام الخبيب وما اذا كان باطلا او كن انباعت عليه غير مشروع ولة تجرد التزام الخاب تكمن في ضمان سفرار المعاملات^(٢) . ونصت على الحكم السابق المادة ٤٢٤ من القانون الكويتى (م ٢٦١ م٢ م٢) وجاء بها « يكون للزما الخاب صحيحا وبو كان التزامه قبل الدين باطلا او خاضعا لدفع من الدفع . ولا يكون لهناق الا حق الرجوع على الخبيب . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره » . وتأسيسا على كل ذلك ، فلو كان التزام الخبيب باطلا لسبب من الاسباب او كان يرد عليه اى دفع من الدفع او كان قبول الخاب الانابة قد ادينى على مديونية للخبيب فان ذلك كله لا يؤثر على كون الخاب ملتزما بالوفاء ، ندائن . كل ما هنالك انه يكون للخاب الرجوع على الخبيب وفقا لقواعد بولائه او الفضالة او الاتراء بلا سب حسب الاحوال ، وذلك ما لم يفصد الخاب التبرع للخبيب ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢٤٤ - الاتية في المشروع المصرى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

في ماهية الاتية في الوفاء نصت المادة ٢٤٨ من المشروع على ما ياتى :
« ١ - تتم الانابة اذا حصل الدين على رضاء الدائن بشخص اجنبى يلتزم بوفاء الدين مكان الدين » .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 842, p. 847.

(١) ورجع محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٢٨٢ من ٢٨٢ ، ٢٨٢ .

٢ - ولا تقتضى الاتابة ان تكون هناك مديونية سابقة ما بين المدين والأجنبي ، *

وهذه المادة تطابق المادة ٣٥٩ من القانون المدني المصري الحالي ، وهي مطابقة أيضا للفقرتين الأولى والثالثة من المادة ٤٢٢ من القانون المدني الكويتي . *

ونصت المادة ٣٤٩ من المشروع على ما يأتى :

١ - إذا لتفق التماثلون فى الاتابة على أن يستبدلوا بالتزلم سابق التزلمأ جديدا ، كانت هذه الاتابة تجسيدا للالتزلم بتغير الدين ، ويترتب عنها أن تبرا ذمة الخيب قبل الخاب لليه ، على أن يكون التزلم الجسديد الذى لرتضاء الخاب صحيحا وألا يكون الخاب مسرأ وقت الاتابة . *

٢ - ومع ذلك لا يفترض للتجديد فى الاتابة ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على التجديد قام التزلم الجسديد لى جانب التزلم الأول ، *

والمادة تطابق المادة ٣٦٠ من القانون المدني المصري الحالي . وتطابق أيضا المادة ٤٢٣ من القانون المدني الكويتي ، فيما عدا أن الأخيرة لا تتضمن الشرط الذى جاء بالفقرة الأولى من النص المصري المقترح ومؤداه : ألا يكون الخاب مسرأ وقت الاتابة . *

ونصت المادة ٣٥٠ من المشروع على أنه : يكون التزلم الخاب قبل الخاب لليه صحيحا ولو كان التزلم قبل الخيب باطلا وكان هذا التزلم خاضعا لدفع من اللذوع ، ولا يبقى للخاب الا حق الرجوع على الخيب ، وهذا ما لم يوجد لتناق يقضى بغيره ، *

والنص واضح فى أن التزلم الخاب قبل الخاب لليه يعد التزاما مجردا والنص بذلك يطابق المادة ٣٦١ من القانون المدني المصري الحالي . كما يطابق أيضا نص المادة ٤٢٤ من القانون المدني الكويتي . *

المبحث الرابع

المقاصة

LA COMPENSATION

٣٤٥ - تعريف المقاصة :

هى طريق لانقضاء دينين متقابلين فى ذمة شخصين كل منهما دائن ومدين للآخر فى نفس الوقت ، يقدر الأجل منهما (١٦) .

فلو كان (أ) مدينا بمبلغ ١٠٠٠٠ ريال على سبيل القرض والدائن (ب) ثم اشترى (ب) شيئاً من (أ) بمبلغ ٥٠٠٠ ريال وصار بذلك مدينا بهذا المبلغ تقح المقاصة بين الدينين يقدر الأجل منهما بحيث لا يبقى فى ذمة أحدهما إلا ما زاد على هذا القدر . ومن ثم ينقضى الدينان فى حدود ٥٠٠٠ ريال فالدائن بالقدر الأجل وهو (أ) يكون قد استوفاه كله أما الدائن بالقدر الأكبر وهو (ب) فلم يستوف إلا جزءاً منه حقه ويبقى الآخر فى ذمة مدينة وهو (أ) ويجب للوفاء به .

٣٤٦ - طبيعة المقاصة وقواعدها :

La compensation constitue un double paiement et une garantie.

المقاصة فى طبيعتها وفاء مزدوج وضمان . فالمقاصة فى المقام الأول وفاء مزدوج . إذ يترتب على وقوعها لانقضاء (١٧) الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما . وكما ذكرنا فإنها تؤدي إلى انقضاء الدين الأقل كلياً بينما ينقضى بها الدين الأكبر جزئياً . وهى فى المقام الثانى ضمان . إذ تمكن كل طرف من استيفاء حقه - كله أو جزء منه - مما فى ذمته للطرف الآخر ولذلك فإن الدائن يضمن بها استيفاء حقه بالأولوية وتجنبه مشاركة دائنى الدين .

وللمقاصة أنواع ثلاثة : هى إما قانونية أو اتفاقية أو قضائية . ونبحث المقاصة القانونية فى مطلب مستقل . فلم يعن المشرع إلا بها ثم نبحت فى مطلب آخر المقاصة الاتفاقية والقضائية .

(١٦) راجع للمنهج ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٢٥ ، صفحة ٨٧٢ .

SAVATIER : op. cit., n. 313, p. 383.

MAZEAUD :op. cit., n. 1145, p. 1056.

(١٧) راجع أيضاً :

الطلب الأول

المقاصة القانونية

La Compensation Légale

٣٤٧ - تقسيم :

المقاصة القانونية هي التي تقع بقوة القانون متى توافرت شروطها ونبحث هذه الشروط تبين ما يترتب على توافرها من آثار .

٣٢٨ - أولا - شروط المقاصة القانونية :

حتى تقع المقاصة بقوة القانون ينبغي توافر للشروط الآتية :

١ - وجود دينين متقابلين :

تتطلب المقاصة القانونية في وقوعها - أول ما تتطلب - وجود دينين متقابلين . والفرض في هذه الحالة أن كل طرف فيها يعد دائنا ومدينا للآخر في نفس الوقت . ويجب أن يكون الدينان بين نفس الشخصين وبنفس الصفة^(١) . وتضمنت هذه للشرط المادة ١/٤٢٥ مدني كويتي (م ١/٣٦٢ مدني مصري) .

٢ - تماثل الدينين في الحل :

لا يكفي لوقوع المقاصة بقوة القانون وجود دينين متقابلين ، بل يجب أن يوجد تماثل بين الدينين في الحل وتماثل الدينين في الحل مقتضاه أن يكون الدينان من اللقود أو المثليات وفي غير ذلك لا يتصور وقوع المقاصة القانونية فلا تقع هذه المقاصة بين التزام بنقل ملكية وآخر بالقيام بعمل . وحتى لا يتصور وقوعها بين للالتزامين بالقيام بعمل وأن تماثلا .

ويلاحظ انه لا يكفي أن يكون محل الدينين من اللقود أو المثليات حتى تقع المقاصة بقوة القانون ، بل يتعين فوق ذلك وبصفة خاصة إذا كان الدينان من المثليات أن تتحد هذه المثليات من حيث النوع والجودة .

(١٨) عبد القم البدرولي ، المرجع السابق ، رقم ٢٧٦ ، صفحة ٤٣٠ .

ويترتب على ذلك أن المقاصة لا تقع إذا اختلفت التلبيات في النوع فلا مقاصة لو كان أحد الدينين مطه قمحا والآخر أرزاً • كذلك لا تقع المقاصة إذا اختلفت التلبيات في الجودة ولو كانت متحدة في النوع • كما لو كان كل أحد الدينين توريد جلود من صنف جيد ومحل الآخر توريد جلود من صنف أقل جوده ونصت على هذا الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م ١/٣٦٢ مدنى مصرى) •

وتجدر الإشارة الى أنه ليس ضروريا - وقوع المقاصة للقانونية - أن يكون مصدر الدينين واحدا ، كما أنه لا يشترط تماثل الدينين في المقدار • كذلك فان اختلاف المكان المحدد لوفاء الدينين لا يمنع وقوع هذه المقاصة وتضمنت الحكم الأخير المادة ٤٢٦ مدنى كويتى (م ٣٦٢ مدنى مصرى) إذ قالت : « تجوز المقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، وفي هذه الحالة يجب على من يتمسك بالمقاصة أن يمضى للطرف الآخر عما لحق من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء حقه أو الوفاء بدينه في المكان الذى عين ذلك » •

٣ - خلو الدينين من النزاع :

لا تقع المقاصة بقوة القانون ولو كان الدينان متقابلين ومتماثلين في المحل ، الا اذا كان كل منهما خاليا من النزاع • وهذا يفترض أن كلا منهما محقق الوجود معين المقدار • وعلى ذلك لا تقع هذه المقاصة ، اذا كان أحد الدينين متنازعا فيه من حيث وجوده ومقدره • وتضمنت هذا الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م ١/٣٦٢ مدنى مصرى) •

٤ - صلاحية الدينين للمطالبة القضائية :

ينبغى لوقوع المقاصة القانونية أن يكون كل دين صالحا للمطالبة به قضائيا وعلى ذلك فلا مجال لوقوع هذه المقاصة ، لو كان أحد الدينين طبيعيا وليس مدنيا وتضمنت هذا الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م ١/٣٦٢ مدنى مصرى) •

٥ - استحقاق الدينين للأداء :

يشترط لوقوع المقاصة بقوة القانون أن يكون كل من الدينين مسنق الأداء • ونصت على الشرط المادة ١/٤٢٥ مدنى كويتى (م ١/٣٦٢ مدنى مصرى) وبناء على ذلك ، لا تقع هذه المقاصة لو كان أحد الدينين مطلقا على شرط واقف لم يتحقق أو كان مضاعفا لى أجل لم يحل • ويلاحظ أن وجود

الاجل لا يؤدي بمطلقة الى منع وقوع القاصة بقوة القانون . فقد نصت
المادة ٤٢٥ من القانون المدني الكويتي في فقرتها الثانية (م ٢/٣٦٢ مضي
مصري) على ما يأتي :

« ولا يمنع القاصة ان يكون ميعاد الوفاء قد تأجل على نظرة منحها
القاضي او تبرع بها الدائن » . والمعنى للواضح للنص يؤدي بنا الى القول
ان المشرع وقد استوجب اصلا استحقاق الدينين للاداء شرطا لا تقع القاصة
القانونية دونه ، الا انه قد استثنى للحالة التي يتأجل فيها وفاء أحد
الدينين لان الدين حصل على نظرة ميسرة من القاضي او للدائن فلم يجعل
من حصول الدائن عليها مانعا يحول دون وقوع القاصة القانونية (١٩) .

٦ - قابلية الدينين للحجز :

يشترط لوقوع القاصة بقوة القانون اضافة الى ما تقدم ان يكون كل
من الدينين قابلا للحجز . فاذا كان غير ذلك لما وقعت هذه القاصة .
وعلة ذلك ترجع كما ترى - مع البعض - (٢٠) الى ان القاصة تؤدي الى
استيفاء جبري وهي نفس النتيجة المترتبة على الحجز . فاذا كان الحجز غير
جائز فكيف تقع القاصة ؟ وقد اضاف البعض (٢١) في هذا للتطيل ان
الحق غير القابل للحجز يقصد القانون ان يكون خالصا لصاحبه وفي اجازة
القاصة معه حرمان لصاحبه منه . وتضمنت المادة ٤٢٧ ج مضي كويتي
هذا للشرط (م ٣/٣٦٤ ج مضي مصري) .

٧ - وجوب التمسك بالقاصة :

لا يكفي تولف الشروط السابقة حتى تقع القاصة بقوة القانون . اذ
يتعين فوق ذلك ان يتمسك بها صاحب المصلحة . فاذا لم يتمسك بها لا تقع .
ويتربط على ذلك بحكم المنطق انه لا يجوز للقاضي - وصاحب المصلحة لم
يتمسك بها - ان يحكم بوقوع القاصة للقانونية من تلقاء نفسه . ولكن

(١٩) مع ملاحظة ما ذكرنا من قبل بخصوص نظرة الميسرة من انها لترتب الى الشرط
دون الاجل راجع ما سبق صفحة ١٢٢ .

(٢٠) راجع ، محمد ليبيب شبيب ، المرجع السابق ، رقم ٢٤٦ ، صفحة ٢٨٧ .

(٢١) عبد الحميد الجبرلوي ، المرجع السابق ، رقم ٢٨١ ، ، فحة ٤٢٢ .

إذا تمسك بها صاحب المصلحة تعين على التقاضي للحكم بوقوعها • وننبه إلى أن دور التقاضي هنا دور كاشف لا منفي • • فالتقاضي لا تقع بحكمه لذاته • فوجوب التمسك بالتقاضي هو شرط لحكم التقاضي بهما وليس شرطاً لوقوعها (٣٢) •

ومن ناحية أخرى فلا يجوز لصاحب المصلحة للنزول عن التقاضي قبل ثبوت الحق فيها • وقد نصت على الأحكام السابق للمادة ١/٤٢٨ من القانون المدني الكويتي (م ١/٣٦٥ مدني مصري) إذ قالت : « لا تقع التقاضي إلا إذا تمسك بها من له حق فيها ، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها » • وعلى ما يبدو ، فإن المشرع ، وقد جعل مناط النزول عن التقاضي ثبوت الحق فيها ، إنما تستهدف حماية الدينين الضعفاء لما تبين له أن الدائنين الأقوياء ، كالبنوك مثلاً ، يشترطون على مدينهم التنازل مقدماً عن التمسك بالتقاضي فيما قد ينشأ لهم في المستقبل من حقوق (٣٣) •

وتجدر الإشارة إلى أن الحق في التمسك بالتقاضي القانونية - بتوافر شروطها الأخرى - ليس مطلقاً وإنما يخضع لقيود مؤداه عدم جواز التمسك بها أضراراً بحقوق الغير ، فلو تصورنا أن أحد طرفي التقاضي مدين لشخص ثالث أوقع الحجر على حق هذا المدين لدى الطرف الآخر في التقاضي فلا يجوز للأخير أن يتمسك بالتقاضي لأنها سوف تضر بهذا للشخص الثالث وهو دائن حاجز • ونصت على هذه الأحكام المادة ٤٢٠ من القانون المدني الكويتي (م ٣٦٧ مدني مصري) • وكذلك إذا قام أحد طرفي التقاضي وقبل التمسك بها بتحويل حقه إلى شخص ثالث وقبل الدين الحوالة دون أن يحتفظ لنفسه بحق التمسك بالتقاضي رغم الحوالة فلا يجوز له إذا طالبه المحال له بما في ذمته أن يتمسك بالتقاضي في موجهته لأن في التمسك بها أضراراً بالمحال له • لما إذا كان المدين لم يقبل للحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه الحوالة من التمسك بالتقاضي • ونصت على ذلك المادة ٤٣١ مدني كويتي (م ٣٦٨ مدني مصري) •

(٢٢) راجع في المدني : مصطفى الجبال وجلال الحوي ، أصول المماثلات ، ص ٢٥٢ •

(٢٣) مصطفى الجبال وجلال الحوي ، المرجع السابق ، المرجع السابق •

٣٤٩ - حالات منع وقوع المقاصة :

الأصل أنه إذا توافرت الشروط السابقة وبعت المقاصة بقوة القانون بيد الدينين المتقابلين . واستثناء على هذا الأصل منع المشرع وقوع هذه المقاصة في حالتين حتى مع توافر الشروط للسابقة (٢٤) .

للحالة الأولى :

إذا كان محل أحد الدينين رد شيء نزع دون حق من يد مالكة ونصت على ذلك المادة ٤٢٧/٣ من القانون المدني الكويتي (م . ٣٦٤/م . مدني مصري) .

فلو أن شخصا نزع شيئاً دون حق من يد مالكة ، فليس من شك في التزامه بالرد ، ولو تصورنا أن له في ذمة المالك ديناً مماثلاً ، فلا يجوز أن يمتنع عن رد الشيء على أساس المقاصة للقانونية بين ماله وما عليه . إذ لا يجوز أن يقضى للشخص لنفسه .

للحالة الثانية :

إذا كان محل أحد الدينين رد شيء مودع أو مملو ونصت على ذلك المادة ٤٢٧/ب من القانون المدني الكويتي (م . ٣٦٤/ب مدني مصري) .

فلو كان للمودع لديه (وهو ملتزم بالرد) دين في ذمة المودع أو كان للمستعير (وهو ملتزم بالرد أيضاً) دين في ذمة المير فلا تقع المقاصة القانونية بين الدينين في الحالتين . فلا مقاصة بقوة القانون بين ما للمودع لديه وما عليه ولا بين ما للمستعير وما عليه . وقد تنفيا المشرع من ذلك المحافظة على الثقة بشأن هذا النوع من العقود وهي من عمود الأمانة .

وقد تكلم المشرع المدني الكويتي في الفقرتين ج ، د من النص السابق وعلى التوالي عن حالتين إضافة إلى ما تقدم ، لا تقع المقاصة القانونية فيهما . الأولى منهما إذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز وهي حالة تناولها القانون المدني المصري في الفقرة (ج) من النص المذكور من قبل وقد تكلمنا عن

(٢٤) راجع للحالتين في الفقرة الأولى والثالثة من المادة ١٢٦٣ من القانون

المدني الفرنسي .

V. ZARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 640, 3. 639.

هذه الحالة عند دراسة للشرط السادس لوتسوع المقاصة للقانونية . اما الثانية فقد تضمنتها الفقرة (د) من النص لدعوى الكويتي المشار اليه وهي حالة ما « اذا كان احد الدينين مستحقا للنفقة » . ويلاحظ ان القانون لدعوى المصري لم ينص على هذه الحالة صراحة في نصه المقابل للنص الكويتي .

٣٥٠ - ثانيا - آثار المقاصة للقانونية :

دا توافق شروط المقاصة التي ذكرناها من قبل ترتب على ذلك كما جاء في المادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتى - « لنقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة » وهو ما نصت عليه أيضا المادة ٢/٣٦٥ مدنى مصرى (٣) .

وفي ضوء النص السابق يمكننا القول بان الاثر للجوهري لوتسوع المقاصة بقوة القانون يتمثل في لنقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما . وهذا يفترض ان أحدهما اكبر من الآخر . حيث ينقضى الدين الأقل كلياً وينقضى الأكبر جزئياً على ما ذكرنا من قبل . أما اذا كان الدينان متساويين في المقدار للدينان بأكملهما .

واذا تحدثت الديون في ذمة أحد طرفي المقاصة للطرف الآخر ثارت صعوبة بشأن تعيين ما ينقضى بالمقاصة من هذه الديون المتعددة . ويمكننا القول إجمالاً بأنه تنطبق في هذا للخصوص قواعد تعيين الدين الذى ينقضى بالوفاء ضمن ديون متعددة والتي درسناها من قبل في المادتين ٤٠٨ ، ٤٠٩ من القانون لدعوى الكويتى (م) ٣٤٤ - ٣٤٥ مدنى مصرى) .

وقد نصت على الاحالة الى قواعد الوفاء بالديون المتعددة بشأن تعدد الديون في المقاصة المادة ٣/٤٢٨ من القانون لدعوى الكويتى (م) ٣/٣٦٥ مدنى مصرى) .

وما ينبغى ان يلاحظ - وكما يتضح من نص المادة ٢/٤٢٨ مدنى كويتى سابقة للذكر - ان الاثر الجوهري للمقاصة - وهو لنقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما - لنصاً يترتب باثر رجعى . أى يترتب ليس من وقت التمسك بالمقاصة ولكن منذ الوقت الذى يكتمل فيه توافر للشروط الاخرى للمقاصة غير وجوب التمسك بها .

(٢٥) ولج في اثر المقاصة للقانونية في القانون لدعوى الفرنسى نص المادة ١٢٩٠ .

V. CARBONNIER : op. cit., n. 132, p. 515.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 646, p. 672-673.

المطلب الثاني

المقاصة القضائية والمقاصة الاتفاقية

٣٥١ - أولا - المقاصة القضائية : La Compensation Judiciaire

تقع المقاصة للقضائية عندما يقوم دائن بمطالبة مدينه قضاء ، بالوفاء ، ويتمسك الدين بحق له في ذمة دائنه المدعى . ذلك ان هذا الحق يختلف بالنسبة له شرط الخلو من النزاع ، وهو شرط لموقع المقاصة للقانونية كما رأينا ، ومن ثم لا يمكنه التمسك بها . ولكن يمكن للقاضي أن يفصل في النزاع الذي يرد على حق المدعى عليه ويحسمه ، ومن ثم يصير الدين خاليا من للنزاع ويمكن ان تقع المقاصة ويجريها القاضي بحكمه^(١٦) .

مثال ذلك^(١٧) أن رفع المؤجر دعواه على المستاجر مطالبا لياه بالأجرة بمطالب المؤجر - عن طريق طلب عارض - بتعويض عما أصابه من ضرر من العين المؤجرة وتستطيع المحكمة ان تتوقف عن الفصل في طلب للمؤجر حتى تحسم للنزاع بشأن حق المستاجر عن طريق تحديد التعويض المستحق اذا بين لها أن ضررا أصابه . فاذا حسم للنزاع الذي ورد على حق المستاجر بتحديد التعويض ، أصبح حقه خاليا من النزاع فتعود المحكمة الى الفصل في دعوى المؤجر بالأجرة ومعها دعوى المستاجر بلنذ ، ويض ذلك بحكم واحد تنقضي فيه بوقوع المقاصة بين الدينين .

ويمكننا القول اذا ، ان المقاصة للقضائية هي التي تقع بحكم للقضاء اذا ما تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية وكان في استطاعة القضاء استكمالها كما لو كان أحد الدينين محلا لنزاع . إذ يمكن للقاضي أن يحسم النزاع ومن ثم يجرى المقاصة لخلو الدينين من للنزاع^(١٨) .

CARBONNIER : op. cit., n. 132, p. 516. (١٦)

MAZEAUD : op. cit., n. 1151. p. 1060.

(١٧) راجع الفل :

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 649, p. 674.

(١٨) في هذا الحى : محمد لبيب شطب ، المرجع السابق ، رقم ٣٦٠ ، صفحة ٣٦١ .

ويكون اثر المقاصة للقضائية من تاريخ للحكم بها(٢١) . وهذا الاثر يتمثل في لتقضاء الدينين بقدر الأقل منهما .

٣٥٢ - ثانيا - المقاصة الاتفاقية : La Compensation conventionnelle :

وتسمى احيانا بالمقاصة الاختيارية ، وتقع بإرادة ذوى الشأن في الحالة التي يتخلف فيها شرط من شروط المقاصة القانونية ، بحيث يتجاوز عنه من تقرر هذا للشرط لمصلحته . ويمكن ان تقع المقاصة الاختيارية باتفاق الطرفين ، ويحدث ذلك لو ان الشرط الذي تخلف من شروط المقاصة كان مقورا لمصلحة طرفيها . كما اذا تخلف شرط نمائيل الدينين في المحل ، حيث يجوز الاتفاق على وقوع المقاصة بين الدينين على الرغم من ذلك .

ويمكن ان تقع المقاصة الاختيارية ايضا بإرادة أحد الأطراف ، ويتحقق ذلك اذا كان شرط المقاصة القانونية الذي تخلف يقصد منه مصلحة هذا الطرف . ويمكن ان نقصور ذلك اذا كان أحد الدينين مضافا الى أجل ، والأجل لمصلحة الدين حيث يجوز للاخير التمسك بالمقاصة بين دينه وماله من حق مستحق الأوام(٢٢) .

ويترتب اثر المقاصة الاختيارية - وهو تعبير ادق من الاتفاقية (٢٣) من وقت الاتفاق عليها او التمسك بها حسبما اذا كانت بالاتفاق او بإرادة أحد الطرفين(٢٤) .

واثر المقاصة الاتفاقية يتمثل في لتقضاء الدينين مع ملاحظة أن هذه المقاصة لا تقع بين دينين غير متساويين الا اذا رضى بها للدائن صاحب الدين الأكبر (٢٥) .

(٢٦) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٦٠ ص ٩٤٢ . محمد لبيب شنب ، المرجع السابق رقم ٣٩١ ص ٢٩٢ وقد اشار في مجلس رقم (٢) بنص الصفحة الى رأى الدكتور جلال الحوى ولتقرر سلطان مؤداه ان اثر المقاصة القضائية يكون من وقت رفع الدعوى لا من تاريخ الحكم على لاسي ان الاحكام كالتسفة وليست منشئة .

(٢٧) راجع ، السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٥٧ ، ص ٩٢٢ - ٩٢٦ .

(٢٨) ونفضل تعبير المقاصة الارادية لانه يشمل ما يتم منها بالاتفاق او بإرادة أحد الطرفين .

(٢٩) محمد لبيب شنب ، المرجع السابق ، رقم (٣٩١ ص ٢٩٢) .

(٣٠) السنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٥٨ ص ٩٢٧ .

٣٥٣ - القاصة في المشروع المصري لتقنين أحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات المالية :

أولا - في ماعية القاصة وشروطها جاء نص المادة ٣٥١ من المشروع على النحو التالي :

« ١ - للمدين حق القاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبيل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين ، اذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثاليات متحدة في النوع والجودة ، وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الاداء صالحا للمطالبة قضاء » .

٢ - ولا يمنع القاصة ان يتاخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضى او تبرع بها الدائن » .

وحذو المادة تطابق المادة ٣٦٢ من القانون المسمى المصري الحالي . كما تطابق ايضا المادة ٤٢٥ من القانون المسمى الكويتي .

ونصت المادة ٣٥٢ من المشروع أيضا على انه « يجوز للمدين أن يتمسك بالقاصة ولو اختلف مكان الوفاء في الدينين ، ولكن يجب عليه في هذه الحالة أن يعرض الدائن عما لحقه من ضرر لمدمم تمكنه بسبب القاصة من استيفاء ماله من حق أو الوفاء بما عليه من دين في المكان الذي عين لذلك » .

وللمادة تطابق المادة ٣٦٢ من القانون المسمى المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٢٦ من القانون المسمى الكويتي .

ثانيا - وفي احوال منع القاصة ، نصت المادة ٣٥٣ من المشروع على ما يأتي :

« تمنع القاصة في الدينون ايا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية » :

(أ) اذا كان أحد الدينين ردشى ، نزع دون حق من يد مالكه .

(ب) اذا كان أحد الدينين ردشى مودع أو معار عارية لستعمال .

(د) اذا كان أحد الدينين غير قابل للحجز » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٤ من القانون المدني المصري الحالي .
وهي تطابق أيضا المادة ٤٢٧ من القانون المدني الكويتي وفي التمسك بالمقاصة
والنزول عنها وأقارها ، نصت المادة ٣٥٤ من المشروع على ما يأتي :

١ - لا تقم المقاصة الا اذا تمسك بها من نه مصلحة فيها ،
ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها .

٢ - ويترتب على المقاصة انتضاء الدينين بقدر الأقل منهما ، منذ
الوقت الذي يصبحان فيه صالحين للمقاصة ، ويكون تعيين جهة الدفع في
المقاصة كتعيينها في الوفاء .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٥ من القانون المدني المصري الحالي ،
كما تطابق المادة ٤٢٨ من القانون المدني الكويتي .

ثالثا - وفي قيود التمسك بالمقاصة للقانونية ، نصت المادة ٣٥٦
من المشروع على ما يأتي :

١ - لا يجوز ان تقم المقاصة اضراما بحقوق كسبها للغير .

٢ - فاذا اوقع الغير حجرا تحت يد الدين ، ثم اصبح الدين دائنا
لدائنه ، فلا يجوز ان يتمسك بالمقاصة اضراما بالحاجز .

والمادة تطابق المادة ٣٦٧ من القانون المدني المصري الحالي ، كما
تطابق أيضا المادة ٤٣٠ من القانون المدني الكويتي .

وفي اطار هذه القيود أيضا ، نصت المادة ٣٥٧ من المشروع على ما يأتي :

١ - اذا حول الدائن حقه للغير وقبل الدين للحالة دون تحفظ ،
فلا يجوز لهذا الدين ان يتمسك قبل الحال له بالمقاصة التي كان له ان
يتمسك بها قبل قبوله للحالة ، ولا يكون له الا الرجوع بحقه على المحيل .

٢ - اما اذا كان الدين لم يقبل للحالة ولكن أعلن بها ، فلا تمنعه هذه
الحالة من ان يتمسك بالمقاصة .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٨ من القانون المدني المصري الحالي ،
كما تطابق أيضا المادة ٤٣١ من القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٣٥٨ من المشروع على أنه ، اذا وفي الدين ديننا وكان له
ان يطلب المقاصة فيه بحق له ، فلا يجوز له ان يتمسك اضراما بالغير
بالتأمينات التي تكفل حقه ، الا اذا كان مجهول وجود هذا الحق .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٦٩ من القانون المدني المصري الحالي ، كما
تطابق المادة ٤٣٢ من القانون المدني الكويتي .

البحث الخامس

اتحاد الذمة

LA CONFUSION

٣٥٤ - تعريف وكيفية تحققه :

يقصد باتحاد الذمة ، أن تجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة لنفس الدين^(٢٤) . وغالبا ما يتحقق اتحاد الذمة بالوفاة ولكن يتصور أيضا تحققه حال الحياة .

ولاتحاد الذمة إذ يتحقق بواقعة الوفاة ، فافتنا نكون أمام احتمال من اثنين ، في الأول منهما يتوفى الدائن ويورثه المدين باعتباره وارثا ويحيى لا شخص غيره . وهنا تنتقل كل حقوق الدائن إلى المدين ومنها حقه في ذمة الآخر . وينقضى الدين كلياً باتحاد الذمة . أما و الثاني ، يتمدد للورثة ويكون المدين واحدا منهم وهنا لا ينقضى من الدين باتحاد الذمة الا القدر الذي يعادل حصة المدين للورث^(٢٥) وقد ضمن المشرع المدني الكويتي الأحكام السابقة المادة ٤٣٣ ونصها كالآتي : « إذا اجتمع في شخص واحد صفتا للدائن والمدين بالنسبة إلى التزام واحد لنقضى هذا الالتزام بالقدر الذي تحدث فيه الذمة » (م ١/٣٧٠ مدني مصري) .

لضافة إلى كل ما تقدم ، فإن اتحاد الذمة يمكن أن يتحقق أثناء الحياة ، كما لو اكتسب المدين حق الدائنية^(٢٦) .

L'acquisition de la créance par le débiteur lui même

وتطبيقاً لذلك فإنه لو قامت إحدى الشركات بشراء ما أصغرته من سنوات ، فإنها - والسند يمثل ديناً عليها - تصبح دائناً . ومن ثم تجتمع بالنسبة لها صفتا الدائن والمدين .

SAVATIER : op. cit., n. 310, p. 387.

MAZEAUD : op. cit., n. 1141, p. 1054.

” Lorsqu’une Personne meurt, laissant plusieurs héritiers, la confusion n’atteint qu’une fraction de l’obligation”.

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 857, p. 86060.

٣٥٥ - آثار اتحاد الذمة :

يترتب على اتحاد الذمة على ما ذكرنا لانتفاء الالتزام بالتقصر الذي اتحدت فيه الذمة . وقد تناول المشرع المعنى الكوئيتي في المادة ٤٣٣ (م . ٢/٢٧٠ منى مصرى) فرضا يزول فيه وبإثر رجعى السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة . والمادة يجرى نصها على النحو التالى :

« اذا زال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة وكان لزاله اثر رجعى عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن » .

والمعنى الواضح للنص يؤدى بنا الى القول بأنه اذا وجد من الأسباب ما يترتب عليه زوال اتحاد الذمة بإثر رجعى ، فان اتحاد الذمة يعتبر كأن لم يكن ويعود الدين كما كان باصـله وتأميناته . ويمكننا ان نتصور زوال سبب اتحاد الذمة بإثر رجعى بإبطال التقصر الذى أدى الى وجوده (٣٧) كما لو أوصى دلتن لدين بماله فى ذمته وكان عقد الوصية قبلا للإبطال لسبب أو لآخر من الأسباب التى تؤدى الى ذلك . فلو مات الوصى تحقق اتحاد الذمة لكن لو أبطلت الوصية فان اتحاد الذمة يزول ويعتبر كأن لم يكن ويعود الدين الى وجوده الأصلى . مثال ذلك أيضا لو أبطل العقد الذى اشترى به المستاجر للمعين المؤجرة .

وليس لنا من تعليق على هذا للحكم الذى أورده للنص السابق ، سوى القول أنه يتمين علينا للحذر منه عند تكييف اتحاد الذمة على أنه سبب لانتفاء الالتزام فإذا كان زوال السبب الذى أدى الى اتحاد الذمة يؤدي - اذا كان الزوال بإثر رجعى - الى ظهور الدين الى الوجود ، فان معنى ذلك ان الدين لم ينتقض فى اى وقت من الاوقات باتحاد الذمة هذا ولذا زال بزوال سببه . كل ما هنالك ان اتحاد الذمة باجتماع صفتى الدلتن والدين فى شخص واحد بالنسبة لنفس الدين انما يشكل - وهذا هو الدور الحقيقي لاتحاد الذمة فى نظرنا - مقما أمام المطالبة بالدين . اذ لا يعقل ان يطالب الشخص نفسه .

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 857, p. 860.

وفى هذا المعنى أيضا : مصطفى لجال وجمال العوى ، اصول المساملات ، ص ٢٥٥ .

**٣٥٦ - اتحاد الذمة في المشروع المسمى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في
المعاملات المالية :**

نصت المادة ٣٥٩ من المشروع على ما ياتي :

١ - اذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والدين بالنسبة الى
دين واحد ، لتقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحتت فيه الذمة .

٢ - ومع ذلك ، اذا اصبح الدائن وارثا للمدين ، فلا ينقضى الدين
باتحاد الذمة ، بل يقتضى الدائن دينه من التركة مع بقية الدائنين ، .

والمادة تطابق في فقرتها الاولى المادة ٣٧٠ من القانون المدني المصري
للحالي . اما فقرتها الثانية فمستحدثة . وتعالج الفرض الذي يصير فيه
الدائن وارثا لوفاة مدينه . ومؤدى الحكم للولود ان الدائن يحصل على
الدين من التركة تطبيقا لقاعدة لا تركة الا بعد سداد الدين . ثم يحصل على
نصيبه في تركة الدين باعتباره وارثا . ويلاحظ ان سبب لنقضاء الدين ليس
اتحاد الذمة ولكنه الوفاء والفقرة لا نظير لها في القانون المدني الكويتي .

ونصت المادة ٣٦٠ من المشروع على انه : اذا زال السبب الذي ادى
الى اتحساد الذمة ، وكان لزاله اثر رجعي ، عاد الدين الى الوجود . هو
وملحقاته بالنسبة الى ذوى الشأن جميعا ، ويعتبر اتحاد الذمة كان لم يكن ، .

وهذه المادة تطابق لفقرة الثانية من المادة ٣٧٠ من القانون المدني
المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٣٤ من القانون المدني الكويتي .

البحث السادس

انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء في الفقه الإسلامي

٣٥٧ - تقسيم :

ينقضى الالتزام في الفقه الإسلامي بمدة طرق غير الوفاء . ومن هذه الطرق ما يوفر للدائن ما كان يحصل عليه بالوفاء ، على نحو ما ذكرنا ونحن نتناول هذه الطرق بالدراسة في القلقون الخفي الذي لا يختلف عن هذا الفقه بشأنها .

وسوف نتناول منها في الفقه الإسلامي ، الوفاء بمقابل والمقاصة والتجديد والإنابة واتحاد الذمة ، وسوف نبدأ بالمقاصة أولا وهي محل اهتمام الفقه الإسلامي ونخصص لها مطلقا . ثم نتناول للطرق الأخرى تباعا كل في مطلب ، على أن نخصص للتجديد والإنابة مطلقا مما .

المطلب الأول

المقاصة في الفقه الاسلامي

٣٥٨ - تعريف المقاصة وأنواعها :

عرف ابن جزى المالكي المقاصة بقوله « هي لقتطاع دين من دين » (٣٨) .
وقد عرفها ابن القيم في اعلام الموقعين (٣٩) على أنها « سقوط أحد الدينين بمثله
جنساً وصفة » وعرفها أيضاً مرشد الحيران في المادة ٢٢٤ بقوله « هي
استقط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك
الشخص لغريمه » .

أنواع المقاصة :

المقاصة في الفقه الاسلامي إما جبرية أو اتفاقية (٤٠) فالمقاصة
للفضائية غير معروفة فيه (٤١) . وقد أوضحت ذلك المادة ٢٢٥ من مرشد
الحيران بقولها « المقاصة نوعان جبرية تحصل بدغس العقد واختيارية تحصل
بتراضي المتدائنين » .

(٣٨) قوانين الاحكام الشرعية ومسائل الفروع للفتحية لابن جزى . مشار اليه من
قبل - الباب الثاني عشر من الكتاب الرابع ، المقاصة في الدين ، ص ٣٢٠ .
(٣٩) اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أبي بكر
المعروف بابن قيم الجوزية الفتوى عام ٧٥١ هـ ، راجعه وتقدم له وعلق عليه طه عبد الرؤوف
سعد ، ج ١ ، دار للجيل ، بيروت ، آخر ص ٣٢١ .

(٤٠) راجع في أنواع المقاصة : محمد سلام مذكور ، المقاصة في الفقه الاسلامي .
بحث منشور على جزئين في مجلة القانون والاقتصاد . الجزء الأول في مجلد يضم المحدثين
الأول والثاني ، السنة الثامنة والعشرون مارس ويونيه ١٩٥٨ ، الجزء الثاني للمصدر الرابع
من نفس المجلة ، السنة التاسعة والعشرون ، ديسمبر ١٩٥٩ م .
ويقول أن المقاصة في الفقه الاسلامي إما جبرية مطلوبة وإما لاتفاقية .

وراجع في المقاصة الجبرية والاتفاقية : الميسوط ، التمس الدين المرحضى ، الطبعة
الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، الجزء الثاني عشر ، ص ٢٠٧ .
(٤١) راجع ، محمد سلام مذكور ، المرجع السابق . ويقول أن سلطان القاضى هو
الفصل في القازعات ودوره في المقاصة الجبرية كثف وليس منشأ . ولا يملك القاضى أن
ينضى مقاصة . فالمقاصة تبالل لا يملكه للقاضى .
الجزء الثاني من البحث في موقمة كتابا اشرنا اليه ، رقم ١٣٠ ، ص ١٢ من البحث
و ص ١٠٤٦ من مجلة القانون والاقتصاد) .

وسوف نقصر بحثنا هنا على المقاصة للجبرية دون غيرها . فالفقه الاسلامي قد اسدى غايته في تفصيل احكامها . اما التفاصيل بخصوص غيرها فلا يتسع للقلم له الان . كذلك فقد كان حرصنا على دراسة هذا النوع من المقاصة وهو اهم انواعها في هذا الفقه حتى يتحقق الاتساق في دراستنا وعرضنا لموضوع المقاصة بصفة عامة سيما وان المشرع المدني لم ينظم - على ما ذكرنا - الا المقاصة للقانونية ، اى تلك التي تقع بقوة القانون ، وهي جبرية . ونبحث ماهية المقاصة للجبرية في لفقه الاسلامي وشروطها وآثارها .

٣٥٩ - اولا - ماهية المقاصة الجبرية (٤٢) :

المقاصة الجبرية تلك التي تقع بنفسها بمجرد الالتام ولا تتوقف على التراضي وتتم بغير اتفاق أو طلب متى توافرت شروطها . فمن ثبت له على غريمه مثل ما له عليه من الدين جنسا وصفة وطولا وقعت المقاصة . وهو المعنى المستفاد عند الحنفية كما جاء به صاحب مرشد الحيران في الملحق (٢٣) (٤٣) .

وقال صاحب المعنى ايضا في مسألة من كان له على أحد حق فعمنه منه وقدر له على مال لم يأخذ منه مقدار حقه ، وجعلته أنه اذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به بأخذ له لم يكن له أن يأخذ من ماله الا ما يطيه بلا خلاف بين أهل العلم فان أخذ من ماله شيئا بغير اذنه نزع رده اليه وان كان قدر حقه لانه لا يجوز أن يملك عليه عينا من اعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وان كانت من جنس حقه لانه قد يكون للانسان غرض في العين فان اتلفها او تلفت فصارت دينيا في دفعته وكان للثابت في دفعته من جنس حقه تقاصا في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي (٤٤) .

(٤٢) راجع ، محمد سلام محكور ، الجزء الاول من بحث المقاصة في الفقه الاسلامي ، مشار اليه من قبل ، رقم ٢٠ ، ص ١٦ ، رقم ٢١ ، ص ١٦-١٨ ، رقم ٢٢ ، ص ١٩-٢١ .
(٤٣) ونص المادة ٢٣٦ من مرشد الحيران كما يلي « يشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسا ووصفا وطولا وقوة ووصفا ولا يشترط في المقاصة الاختيارية فاذا كان الدينان من جنسين مختلفين او متماثلتين في الوصف او مؤجلتين او احدثهما حالا والاخر مؤجلا او احدثهما قويا والاخر ضعيفا فلا يلتصقان تصالفا الا بتراضي المتدينين سواء اتحد سببهما او لختلف » - وفي تعريف المقاصة الجبرية تقول محكمة جرجا للشريعة « تحصل المقاصة بين الدينين المتساوية من تلقاء نفسها وتبرا بها اللزمة بدون توقف على ارادة المتدينين وان لختلفت فلا بد من رضا صاحب الدين للقوى » قضية رقم ١١١ لسنة ١٩٣٦ ، جلسة ١٩٤٠/٩/١٨م فنظر للحكم : ميادى القضاء الشرعي في خصم عليا ، للفتوى احمد نصر الجندى ، دار الفكر العربي ، ميادى (٩) ، ص ٨٣٦ .

(٤٤) المعنى لابن قدامة ، مشار اليه من قبل ، الجزء الثاني عشر ، ص ٢٣٦ .

راجع ايضا : ص ٢٣١ ، ص ٢٨٨ ، ص ٣٦٢ .

وجاء في الام للامام الشافعي بخصوص المقاصة الجبرية :

« وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله فإن أبا حنيفة رضى الله عنه كان يقول هو قصاص وبه يأخذ ، وكان ابن أبي ليلى يقول لا يكون قصاصا إلا أن يتراضيا به فإن كان لاحدهما على صاحبه مال مخالف لذلك لم يكن ذلك قصاصا . . . وإذا كان لرجل على رجل مال وله عليه مثله لا يختلفان في وزن ولا عدد وكذا حالين مما فهو قصاص فإن كانا مختلفين لم يكن قصاصا الا بتراض ولم يكن التراضي جائزا الا بما تحل به للبيوع » (٤٥) .

والمنفى للواقع كذلك أن الشافعي رحمه الله يرى المقاصة جبرية إذا اتحد الدينان جنسا ووصفا وقدرًا وحولًا . فإن اختلفت الدينان لا تقسم المقاصة الا بالتراضي ولا تكون جبرية ولهما لاختيارية الا أننا نلاحظ فيما أوردناه عنه أنه ذكر ما يراه ابن أبي ليلى من ضرورة التراضي في المقاصة .

ونجد المقاصة للجبرية عند الحنابلة أيضا . ففي بيان حكم ما لو كان لكل واحد من السيد والمكاتب على صاحبه دين قال صاحبا المنفى والشرح الكبير « فإن كان لكل واحد منهما على صاحبه دين مثل أن كان للسيد على المكاتب دين من الكتابة أو غيرها وللمكاتب على سيده دين وكنا نقدر من جنس واحد حالين أو مؤجلين أجلا واحدا تقاسما وتساقطا » (٤٦) .

٣٦٠ - ثانيا - شروط المقاصة الجبرية :

لا تقع هذه المقاصة من تلقاء نفسها الا بتوافر شروطها وهي كما يلي :

١ - وجود دينين متقابلين :

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية وجود دينين متقابلين . وهو ما يعبر عنه في لفظة الاسلامي بتلاهي الدينين على معنى اجتماعهما في حيز واحد (٤٧) .

(٤٥) الام ، للإمام أبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعي ، الجزء السابع ، مشار

اليه من قبل . انظر : باب في الدين ، ص ١٦١ -

(٤٦) المنفى ، للشيخ الإمام العلامة موقد الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمود

ابن قدامة وبيده الشرح الكبير على متن الفتاوى للشيخ الإمام شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن

ابن أبي عمر محمد أحمد بن محمد القسبي .

راجع أيضا كشف القناع للبهوتي ، مشار اليه من قبل ، الجزء الرابع ، ص ٥٥٢ .

(٤٧) محمد سلام مذكور ، الجزء الاول من بحثه المشار اليه من قبل رقم ٣٦ ص ٢٢ .

ويتحقق ذلك بأن يكون هناك شخصان كل منهما دائن ومدين للآخر
في نفس الوقت • وعلى كل حال فالشرط واضح فيما ذكرناه من تعاريف لهذا
النوع من المقاصة •

٢ - مسائل الدينين في الحل :

وفحوى الشرط أن يتحد الدينان في الجنس والصفة • ونصت على هذا
الشرط - كما مر بنا - المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران وأشار صاحبه إلى
ذلك أيضا في المادتين ٢٣٠ ، ٢٣١ •

وعلى ذلك فانه لو اختلف الدينان في الجنس أو للصفة لما وقعت
المقاصة للجبرية^(٤٨) • ويجعل الفقه لاختلاف الدينين في القوة حكم
اختلافهما في الجنس من حيث كونه مانعا للمقاصة للجبرية •

فقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم « للزوج عليها دين وطلبت
النفقة لا تقع المقاصة بدين للنفقة بلا رضا الزوج بخلاف سائر الديون
لأن دين النفقة أصنف كالإختلاف للجنس فسلبه ما إذا كان أحد الحقين
جيدا والآخر رديئا »^(٤٩) •

٣ - استحقاق الدينين للأداء :

اشتراطت المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران « لتحاد الدينين خلولا ،
حتى تقع المقاصة للجبرية ... فإن كان الدينان ... مؤجلين أو أحدهما
حالا والآخر مؤجلا ... فلا يلتزمان قساصا إلا بقراضى المتدينين »^(٥٠) •

(٤٨) تارن : ما قلناه ابن جزى « لا يخلو أن يتفق جنس الدينين أو يختلفا فإن
اختلفا جازت المقاصة » - راجع ج قواعدي الأحكام الشرعية ومستقل الفروع للفقهية ،
الموقع السابق • راجع أيضا عند الضغية وقد أخذت المادة ٢٢٦ من مرشد الحيران بما في
حقيقته رد المختار على الدر المختار لابن عابدين مشار إليه من قبل ، الجزء الخاص ص ٣٦٦ •

(٤٩) (الأشباه والنظائر لابن نجيم ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٦٦ •

(٥٠) تارن مرقف الضغيلة كما جاء في كشف القناع بهذا الخصوص « ومن ثبت له
على غيره مثل ما له عليه من الدين قدره وصفا حالا أو مؤجلا أجلا ولحد ، لا حالا ومؤجلا
تسانطا ، • راجع كشف القناع للبهوتى الجزء الثالث ، مشار إليه من قبل •
ص ٣١٠ ، وهو نفس ما نطناه عن المتن من قبل وأوردناه ونحن نظهر وجود المقاصة الجبرية
عند الضغيلة •

٤ - ألا يترتب عليها أي ضرر :

لا تقع المقاصة الجبرية إذا كان يترتب عليها ضرر . من ذلك عند الحنابلة ، ما جاء في كشف القناع^(٥١) : « لو تلقى باحد الدينين حق كما لو باع الرمان لتوفية المرتهن فمن له عليه حق مثل الثمن الذي باعه به فلا مقاصة لتعلق حق المرتهن به » . وكما لو بيع بعض مال الفلاس على بعض غرمائه بثمن في الذمة بجنس ماله على الفلاس فلا مقاصة لتعلق حق باقي الغرماء بذلك ، ومن عليها دين من جنس ولجب نفقتها لم يحتسب به عليها من نفقتها مع عسرتها لأن قضاء الدين بما فضل عن النفقة ونحوها » .

وكما يبين لنا من النص للفقه ، فإن المقاصة تحدث ضررا ومن ثم لا تقع لو تلقى باحد الدينين حق . ومن أمثلة ذلك أن يقوم الرمان ببيع للرمان لدائن آخر له ليس مرتبنا حتى يوفى للمرتهن دينه من الثمن . وقد صار المشتري مدينا بالثمن للرمان وهو في الأصل دائن له ، فإن المقاصة لا تقع بين دينه بالثمن للرمان والدين الذي في ذمة الرمان له ، وعلة عدم وقوعها أن فيه اضرازا بحق المرتهن . ومن أمثلة ذلك أيضا أن يقوم الفلاس ببيع بعض ماله على بعض غرمائه . فالمشتري من الغرماء وقد صار مدينا بالثمن للفلاس وهو في الأصل دائن له ، فإن المقاصة لا تقع بين الدين بالثمن للفلاس والدين الذي في ذمة الأخير له ولو كانا متماثلين . وعلة عدم وقوعها أن فيه اضرازا بحق اللبقي من الغرماء . ومن أمثلة ذلك أيضا عدم وقوع المقاصة بين ما في ذمة المرأة من دين وما في ذمة صاحبه من دين نفقتها لأن قضاء الدين يكون مما فضل عن النفقة . فتقديم النفقة على قضاء الدين يكون دفعا للضرر .

٥ - ألا يترتب عليها مظهر ديني^(٥٢) :

يشترط لوقوع المقاصة الجبرية ألا يترتب عليها مظهر . ومثال ذلك ما أورده صاحب كشف القناع في هذا الخصوص^(٥٣) حين قال « إذا كانا (أي الدينان) أو كان أحدهما دين سلم فلا مقاصة ولو تراضيا لأنه تصرف في دين السلم قبل قبضه وهو غير صحيح » .

(٥١) راجع ، كشف القناع للبهوتي ، الجزء الثالث ، مشار إليه من قبل ،

الموقع السابق .

(٥٢) راجع في هذا للشرط ، محمد سلام محكور ، الجزء الاول من بحثه عن المقاصة

في لفقه الاسلامي ، مشار إليه من قبل ، رقم ١١٠ ، ص ٨٥ .

(٥٣) راجع كشف القناع للبهوتي ، الجزء الثالث ، مشار إليه من قبل ،

الموقع السابق .

ويلاحظ بعد كل ما تقدم ، ان شروط القاصة القانونية تلتقى في مجموعها مع شروط القاصة الجبرية في الفقه الاسلامي .

٣٦١ - حالات منع فيها الفقه الاسلامي وقوع القاصة الجبرية استثناء :

إذا كان الأصل هو وقوع القاصة الجبرية بمجرد توافر شروطها السابقة ، فالفقه الاسلامي منع - وعلى سبيل الاستثناء - وقوعها في الحالات الآتية :

١ - لو كان للمودع لديه دين في ذمة المودع فلا تقع القاصة الجبرية بين الحينين دين المودع لديه ويتعطل في التزامه بالرد ودين المودع قبل المودع لديه^(٥٤) .

٢ - لا تقع القاصة للجبرية أيضا بين المال المنصوب من جهة - وللغاصب يلتزم برده - وما للغاصب في ذمة المنصوب منه من جهة أخرى^(٥٥) .

ويلاحظ ان القانون المدني قد استثنى الحالتين السابقتين أيضا من وقوع القاصة القانونية ولو توافرت شروطها وذلك في المادة ١/٤٢٧ ، ب مدني كويتي ، ١/٣٦٤ ، ب مدني مصري كما عرضنا لهما من قبل .

(٥٤) راجع الاشياء والنظائر لابن نجيم ، مشار إليه فيما سبق ، الموقع السابق . ونصت على هذه الحالة الاستثنائية أيضا المادة ٢٢٨ من مشد الحيران ونصها كالآتي : « إذا كان المستودع دين على صاحب للوديعة والدين وللوديعة من جنس واحد فلا تصير قاصا بالدين الا اذا اجتمعا وتكلسا ... » .

(٥٥) الاشياء والنظائر لابن نجيم ، الموقع السابق . ونصت على هذه الحالة المادة ٢٢٩ من مشد الحيران « إذا كان للغاصب دين على صاحب العين المنصوبة من جنسها فلا تصير العين قاصا في قيمه الا اذا تكلسا » . راجع أيضا : حاشية ابن عابدين رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار مشار إليها من قبل ، للجزء الخامس ، الموقع السابق - وهو ما قال به صاحب كشف القناع من الضابطة - حيث يتساقط الدينان بفعل القاصة ان « لتقيا مثلا او يفسح الأقل منهما إذا كان أحد الدينين أكثر من الآخر ، .. راجع كشف القناع للشيخ البهوتي ، مشار إليه من قبل الموقع السابق .

٣٦٢ - ثالثا - أثر القاصة الجبرية :

يترتب على القاصة لنقضاء الدينين بقدر الأمل منهما . وقد أوضحت هذا الأثر المادة ٢٢٧ من مرشد الحيران بقولها « لنما تنقح القاصة بقدر الأمل من الدينين ٠٠٠٠ » وعلى ذلك ينقض بها الدين الأمل كليا وما يقابله من الدين الأكبر الذى ينقض جزئيا ، كما هو واضح ، فان أثر القاصة القانونية فى القانون المدنى كما عرضنا له فى المادة ٢/٤٢٨ معنى كويتى ، ٣٦٥ مدنى مصرى لا يختلف عن أثر القاصة للجبرية فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثاني

الوفاء بمقابل في الفقه الاسلامي

٣٦٣ - عرف للفقه الاسلامي الوفاء بمقابل باعتباره سببا ينقضى به الالتزام . والوفاء بمقابل في هذا الفقه يعنى - كما سنرى عند ديبسان تطبيقاته فيه - رضا الدائن في استيفاء حقه بشئ آخر غير الشئ المستحق له أصلا . وهو المعنى الذى أخذت به المادة ٤١٤ من القانون المدنى الكويتي (م ٣٥٠ معنى مصرى) .

وقد عبر الفقه الاسلامي عن لوفاء بمقابل بتعبير الاستبدال ومنه الشافعية فقد جاء في الاشياء والنظائر للسيوطي انه « لا يصح بيع الدين بالدين قطعا » واستثنى منه الحوالة للحاجة وإما بيعه لمن هو عليه فهو الاستبدال ، (٢٦) . فالاستبدال على هذا النحو ، وهو بيع دين لمن هو عليه يبنى على أن الدين يستبدل به عوض آخر (٢٧) . وهذا هو جوهر الوفاء بمقابل . وهذا الاستبدال قد يكون صلحا وبه يتحدد تطبيق من تطبيقات الوفاء بمقابل في الفقه الاسلامي وذهب الى ذلك المالكية . فقد قال ابن جزى المالكي ، الصلح على نوعين الثاني منهما « صلح على عوض فهذا يجوز الا أن أدى الى حرام وحكمه حكم للبيع سواء كان في عين أو دين فيقدر المدعى به » (٢٨) .

وعند الحنفية ، نجد الاستبدال عبارة عن صلح أيضا فلو كان المدعى به عينا معينة دلرا أو أرضا أو عرضا وأقر المدعى عليه بها للمدعى وصالحه عنهما بنقود معلومة أو بمقابل معلوم أو عرض معلوم صح الصلح ويكون حكمه حكم البيع (م ١٠٣٠ من مرشد الحيران) .

(٢٦) الاشياء والنظائر للسيوطي ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣٠ .

(٢٧) مع ملاحظة انه لا يجوز الاستبدال في السلم . راجع في هذا الخصوص .
الاشياء والنظائر للسيوطي ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٣١ .

(٢٨) تولى الأحكام الفقهية وسائل الفروع الفقهية ، مشار اليه من قبل ، ص ٣٦٦ .

وعند الحنابلة نجد أيضاً أن « الصلح عن الحق المقرب على غير جنسه معاوضة يصح بلفظ الصلح » فالصلح عن نقد ، قد صرف وعن نقد بمرض أو عن عرض بنقد أو عن عرض بمرض بيع أو عن عرض أو نقد بمنفعة أو اجارة فيشترط لصحته ما يشترط لصحة هذه العقود ... (م . ١٦٢٦ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل) . ونصت المادة ١٦٢٨ من هذه المجلة أيضاً على أنه « يصح الصلح عن الدين بغير جنسه مطلقاً ، وبشيء في الذمة أيضاً كان يصلحه عن دينار في ذمته بأردب من قمح أو نحوه في الذمة » لكن يشترط للقبض قبل التفريق ، (٣٦) .

وبين لنا من كل ما تقدم ان الصلح لدى الجمهور في الفقه الاسلامي يمد في جوهره استبدالاً ويمثل بمضمونه وماً بمقابل . فالصلح وهو معاقدة يتوصل بها الى مولفة بين مختلفين (١) أو وهو عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة بين المتصالحين بتراضيهما (٢) يؤدي الى نتيجة هي : ان الدين يستبدل به عوض آخر فلو كان النزاع على عقار مثلاً أقر المدعي عليه به للمدعى به وصالحه عنه بنقد معلومة كان معنى ذلك ان الدائن باستحقاق العقار قد رضى في استيفاء حقه هذا شيء آخر غير المستحق أصلاً . وهذا هو الوفاء بمقابل . ولكن يلاحظ أن الفقه الاسلامي يجري على هذه الحالة حكم البيع - وخاصة من حيث شروط الصحة - وهذا واضح عند المالكية والحنفية والحنابلة على ما تحمنا . ويقترب منه في ذلك القانون المدني وقد طبق على الوفاء بمقابل وفي لتناجه لآثاره على وجه الخصوص احكام للبيع في المادة ٤١٥ مدني كويتي (م . ٣٥١ مدني مصري) .

(٥٩) يلاحظ ما نصت عليه المادة ١٦٢٧ من نفس المجلة من أنه « لا يصح صلح عن حق بجنسه اذا كان أكثر منه » . وراجع أيضاً المادة ١٦٢٠ من المجلة المذكورة أيضاً .

ومن تطبيقات ذلك في المملكة العربية السعودية : اذا اصطاح شخص مع آخر عن دين يدين اقل منه من جنسه لم يصح الصلح لأمريين :

١ - ان ذلك بيع دين بدين .

٢ - لولياً . وراجع في هذا التطبيق : تبويب سملحة ورئيس القضاة رقم ٣١٧ وتاريخ ١٣٧٧/١١/٢٢ . مجموعة الانظمة والقرارات والتطبيقات ، وزارة العدل .

مهرس اهم للتعليم الصادرة بتوقيع سملحة ورئيس القضاة ، ص ٩٤ .

(٦٠) راجع نص المادة ١٦١٦ من مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل في تعريفها للصلح .

(٦١) راجع نص المادة ١٠٢٦ من مرسد الحيران في تعريفها للصلح .

٣٦٤ - ويمكن أن نضيف أيضا ما نعتقد أنه من تطبيقات اللوفاء بمقابل في نصوص مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد من حنبل بخصوص القرض بصفة خاصة . وجاء بها أنه « لا يصح اشتراط المقرض رد مال القرض بعينه » (م . ٧٤٦) . وجاء أيضا « لا يلزم المقرض رد عين مال القرض ولو كان باقيا » (م . ٧٤٨) . وجاء أيضا أنه يجوز للمقرض « أن يقضى خيرا مما أخذ أو دونه برضاها ولو بزيادة أو نقص في القدر أو الصفة من غير شرط ولا مولاة » مثلا لو اقترض زيوفا أو مالا فقضاء جيدا أو زاده عما أخذ أو بعكس ذلك من غير لتفائق سابق جاز وحل للمقرض » (م . ٧٥٢) . والمعنى للوضح لكل ذلك أن الدين أي المقرض « هو ملتزم بالوفاء ورد القرض ليس ملزما أن يرد مال القرض بعينه بل يمكن أن يؤدي عوضا آخر يسمى بدل القرض بشرط التراضي . وبدل للقرض على حد قول المادة ٧٢٥ من المجلة المذكورة » هو المال الذي يرده المقرض إلى المقرض عوضا عن القرض » . وخلاصة ذلك أن الدائن المقرض قد رضى في استيفاء حقه بشئ آخر غير للشيء المستحق أصلا . وهذا هو اللوفاء بمقابل .

المطلب الثالث

اتحاد الذمة في الفقه الاسلامي

٣٦٥ - اتحاد الذمة ، ويعنى اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لنفس الدين ، معروف في الفقه الاسلامي كسبب ينقضي به الالتزام . وندلل على ذلك بتطبيقات تضمنتها بعض كتب هذا الفقه

٣٦٦ - ولول هذه التطبيقات جاء في كتب المالكية :

ورد في قوانين الأحكام الشرعية لابن جزى المالكي (٦١) •

« اذا كان على أحد الورثة دين للمتوفى جمع مع سائر التركة وقسم المجموع على الفريضة • فان صار للمصدين من التركة مثل دينه استقطت سهمه ودينه وقسمت باقي التركة على سائر الورثة ، وان صار له أكثر من دينه أخذ الزائد من التركة وقسمت الباقي على سائر الورثة وإن صار له أقل من دينه استقطت ما صار من دينه وتبعه سائر الورثة بالباقي على محاصتهم فيقسمون المال الحاضر على سهامهم دونه » •

ولذا اصمنا للنظر في هذا النص للفقيه ، وجدنا اتحاد الذمة - ويعنى اجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد بالنسبة لنفس الدين - وقد تحقق بالميراث في حالة وفاة الدائن وورثته من المدين حيث تجتمع في الأخير صفتا الدائن والمدين ونفصل الأمر حسبما جاء به تنص المشار اليه في فرضين على النحو التالي :

الفرض الأول - اذا تعدد الورثة وكان الدين واحدا منهم :

منك احتمالات ثلاثة :

١ - وفيه تكون قيمة الدين على المدين الوارث أكبر من حصته في التركة شية. فينقضي دينه بالتقدر الذي اتحدت فيه الذمة • وتقصه اثنين يكون جزئيا ويرجع عليه الورثة بالجزء الباقي •

(٦٢) قوانين الاحكام الشرعية ومسايل الفروع الفقهية لابن جزى • مشار اليه من

جل من ٤٣٣ - ٤٣٤ •

٢ - وفيه يكون قيمة الدين على الدين الوارث أقل من حصته في التركة قيمة . وينقض دينه بالقدر الذي تحدث فيه النعمة . ومن ثم انقضاء الدين يكون كلياً . ويأخذ ما تبقى من تركته زائداً بعد سقوط الدين .

٣ - وفيه تكون قيمة الدين على المدينين ثلثا حصته في التركة قيمة . حيث ينقض الدين بالقدر الذي تحدث فيه النعمة وعلى ذلك فالانقضاء كلي .

الفرض الثاني : أن يكون المدين وارثاً وحيداً :

لا تشور في هذا للفرض الاحتمالات التي ذكرناها في الفرض السابق . فالوارث لجئتمت فيه صفتا الدائن والمدين . فقد آل اليه حق مورثه - الذي كان في ذمته قبل الوفاة - تركه وهو الوارث الوحيد . وذلك بغض النظر عن قيمة الدين وبغض النظر عما إذا كان الدائن المتوفى قد ترك اموالا أخرى الى جانب حقه في ذمة مورثه أيا كانت قيمتها . ففي كل هذه الاحوال وما يترفع عنها من احتمالات لا يعقل أن يطالب للوارث نفسه .

ويبدو لنا ان الشافعية يتفقون مع المالكية فيما سبق . جاء في الاشباه والنظائر للسيوطي « وافتي السبكي والف في ذلك كتابا سماه (منية الباحث عن دين الوارث) ولخصه في فتاويه فقال :

« يسقط من دين الوارث ما يلزمه ادلاؤه من ذلك الدين ، لو كان لأجنبي ، وهو نسبة ارثه من الدين ، ان لم يزد الدين على التركة ، ومما يلزم الورثة ادلاؤه منه ان زاد ويرجع على بقية الورثة ببقية ما يجب ادلاؤه منه على قدر حصصهم وقد يقضى الأمر الى التقاص اذا كان الدين لوارثين ، فإذا كان الوارث حائزاً أولاً ديناً لغيره ودينه مساو للتركة او أقل سقط وان زاد سقط مقدراها ويبقى للزائد » (٣٢)

٣٦٧ - ومن التطبيقات أيضاً ما جاء في كتب الحنفية بخصوص الكفالة والحالة .

وعن الكفالة (٣٣) :

ذكرت المادة ٨٧٣ من مرشد الحيران أنه اذا مات لادائن المكفول دينه وانحصر ميراثه في المدينين يرى كفيله من الكفالة »

(٣٢) الاشباه والنظائر للسيوطي ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٢٢ .

(٣٤) جاء ذلك في الفصل الخاص بالبراء من كفالة المال في مرشد الحيران .

ومفهوم ذلك أن براءة الكفيل وهو الفرع تتبع براءة الأصل وهو الدين وبراءة الدين ترجع إلى تنقضاء دينه باتحاد الذمة • إذ هو للورث الوحيد للذات وتجتمع فيه صفتا للذات والدين • فقد ملك ما في ذمته (٣٩) •

أما لو كان للذات ورث آخر يبرأ للكفيل من حصة الميوت فقط وجاء هذا الحكم في نهاية المادة للسابقة لمؤشد الحيران (٣٩) •

وعن الحوالة :

نصت المادة ٩٠٩ من مرشد الحيران في صرحها على أنه « إذا مات المحتال وكان المحتال عليه ورثا له بطل ما كان للمجبل على المحتال عليه » •

ومعنى ذلك أنه بوفاة المحتال والمحتال عليه هو وارثه الوحيد ، فإن الدين ينقضى كلياً بالنسبة للآخر باتحاد الذمة • أما إذا كان للمحتال ورث آخر فلا ينقضى الدين بالنسبة للمحتال عليه إلا بالتقصد الذي تحدث فيه الذمة ، أي بحدود حصته في الميراث ومن ثم فالانقضاء هنا يمكن أن يكون جزئياً إذا تصورنا أن قيمة الدين أكبر من حصة المحتال عليه الورث قيمة • وانقضاء دين المحتال عليه يقصد حصته إذا كان هناك ورث آخر للمحتال جاء في نهاية المادة المذكورة من مرشد الحيران • وقد أجملت الأحكام السابقة بخصوص الحوالة المادة ٧٠٠ من مجلة الأحكام العدلية إذ قالت « لو توفي الحال له وكان ورثه الحال عليه لا يبقى حكم الحوالة » (٣٩) •

٣٦٨ - تطبيقات أخرى لاتحاد الذمة في الفقه الإسلامي :

ما جاء بخصوص فسخ الاجارة إذا تملك المستاجر العين المؤجرة • وفي هذا نصت المادة ٤٤٢ من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي :

« لو ملك المستاجر عين المأجور يارث أو مية يزول حكم الاجارة » •

ومعنى ذلك أن الاجارة تنفسخ في الفقه الحنفي أو تملك المستاجر عين المأجور • وعلة ذلك ترجع إلى اتحاد الذمة • فقد اجتمعت في شخص

(٣٥) راجع الحكم المائل في المادة ٦٦٧ من مجلة الأحكام العدلية وشرح سليم رستم بقر ، ص ٣٦٧ - ٣٦٨ - شرح للجنة • مشار إليه من قبل •

(٣٦) راجع حكم مائل في المادة ٦٦٧ من مجلة الأحكام العدلية ، وشرح سليم رستم بقر ، ص ٣٦٨ شرح للجنة ، مشار إليه من قبل •

(٣٧) راجع سليم رستم بقر ، شرح للجنة ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٨٢ •

واحد صفتا المؤجر والمستأجر • وينطبق ذلك سواء كان انتقال الملك للمستأجر بالارث أو الهبة وينطبق أيضا ولو كان الملك ينتقل للمستأجر بالشراء^(٦٨) •

وعلى ما يبدو ، فقد أخذ الحضابلة - في رأى لهم - بالحكم السابق أيضا فقد جاء في القواعد لابن رجب ما يأتي : « لو لشترى المستأجر للعين المستأجرة من مؤجرها فغى انفساخ الاجارة وجهان حكاهما الأصحاب وربما حكى روايتان » (أحدهما) ينفسخ لانه ملك الرقبة فيبطل ملك المنفعة كما لو لشترى زوجته • وللثاني « لا ينفسخ وهو الصحيح »^(٦٩) والظاهر ان مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام احمد بن حنبل قد أخذت بالقول الثاني وعدم انفساخ الاجارة فقد نصت المادة ٥٥٧ من هذه المجلة على ما يأتي : « لا تنفسخ الاجارة بانتقال المأجور من ملك المؤجر مطلقا سواء كان الانتقال بفعل المؤجر أم لا ، وسواء الانتقال للملك المستأجر أو غيره فلا تنفسخ ببيع المؤجر للمين ولا بهبته ، ولا بوقفه ، ولا بانتقالها من ملكه بآرث أو وصية أو نكاح أو خلع أو صلح أو نحوه » • ويتضح لنا من كل ما تقدم ، ان لاتحاد الذمة الذي تكلم عنه المشرع

المدني في المادة ٤٢٣ من القانون المدني الكويتي والمادة ٣٧٠ مدني مصري لا يختلف في طبيعته وكيفية تحققه عن اتحاد الذمة كما عرفه الفقه الاسلامي ، بل اننا لا نتردد في القول بأن القانون قد أخذ احكام انقضاء الالتزام باتحاد الذمة عن الفقه الاسلامي •

(٦٨) راجع سليم رستم بآز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٢٤٩ •

(٦٩) لاترأى في الفقه الاسلامي ، لابن رجب الحنبلي ، مشار اليه من قبل ، لقاعدة

للخلسة والاثلاثون ، ص ٤٢ •

الطلب الرابع للتجديد والانابة في الفقه الاسلامي

٣٦٩ - مبدأ التجديد :

أن انقضاء الالتزام بالتجديد ليس غريبا عن الفقه الاسلامي . وليس ادل على ذلك مما جاء به مرشد الحيران وقد خصص فصلا في تجديد الدين . *

ومصت المادة ٢٥٠ منه وهي بول نص في هذا للفصل على ما يأتي :

« يجوز فسخ عقد المخلينة الأولى وتجديدها في عقد آخر بتراضي المتدليين » . *

وفناد النص انه يجوز بتراضي الطرفين لحلال دين جديد محل آخر قديم يختلف عنه . وهذا هو للتجديد في قانون الدنى باعتباره سببا لانقضاء الالتزام على ما فصلنا من قبل . *

ومثال التجديد في الفقه الاسلامي ، ان يكون زيد مدينا ليكر بمائة اردب من القمح فيتفقان على أن يلتزم الدين بشعر تساوى قيمته قيمة القمح بدلا منه وكان يكون زيد مدينا ليكر بمبلغ نقدي اجرة منزل استأجره زيد مملوك ليكر فيتفق معه على أن يبقي ذلك الدين بنمته على مسجل للقرض (٢) . *

٣٧٠ - تطبيقات التجديد :

ومن تطبيقات التجديد في الفقه الاسلامي ما جاء في المذهب الحنفي ونصت عليه المادة ١٧٦ من مجلة الأحكام المسدلية من انه اذا تكرر عقد البيع بتبديل للثمن او تزييده او تنقيصه يعتبر العقد للثاني فلو تباع رجلان مالا مملوكا بمائة غرش ثم بمد لعتاد البيع تباعا على ذلك المال بذهب من ثوات المائة او بمائة وعشرة او بتسعين غرشا يعتبر العقد للثاني (٣) . ففي هذا الفرض يفسخ للعقد الأول والمعبرة بالعقد للثاني . *

(٢٧٠) راجع ، لمد فيرايميك ، للاتجاهات في الفقه الاسلامي ، ص ٢٢٦ .

(٢٧١) راجع سليم بزاز ، شرح المجلة ، مشر لليه من قبل ، ص ٨١ ويقول

ان المراد بتبديل للثمن تبديل جنسه .

وقريب من ذلك ما هو معروف لدى الحنابلة ونصت عليه المادة ٣٧١ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل من أنه « لو عقدا بيعة سرا ثم عقدا في مدة خيار المجلس أو الشرط علانية بأكثر أو أقل فاللزم هو الثاني » (٣٢) .

٣٧١ - آثار للتجديد :

وعن آثار التجديد في الفقه الاسلامي فقد حصرها صاحب مرشد الحيران في المادتين ٢٥١ ، ٢٥٢ فالنص الأول «مرز للتجديد اثرين أحدهما مسقط والآخر منشيء وجاء به : « إذا فسخ عقد الدائنة الأولى وصار تجديده بعقد آخر سقط الدين للواجب بالمعقد الأول وترتب على المدين دين جديد بالمعقد الثاني » .

وعلى هذا النحو ، فإن سقوط الالتزام للقديم يجسد الأثر المسقط للتجديد ، أما نشوء الالتزام الجديد فيمثل الأثر المنشيء . وقد تناولنا لاثريين في القانون المدني ونصت عليهما المادة ٢١٩ من القانون المدني الكويتي (م ٢٥٦ / ١ مدني مصري) .

وقرين هذه الآثار ، مسألة انتقال التأمينات التي كلف تضمن الوفاء بالدين للقديم الى الدين الجديد . فقد ذكر النص الثاني من مرشد الحيران اعني نص المادة ٢٥٢ أنه « إذا كان الدين الأول مكفولا وفسخ عقده وصار تجديده بعقد آخر بطلت الكفالة وبرئ الكفيل فلا يطالب بالدين الحاصل بالمعقد الجديد إلا أن جحدت الكفالة » .

ومفهوم للنص ان التأمينات الشخصية مثل الكفالة يشلها الأثر المسقط للتجديد . أي انها تسقط تبعاً لسقوط الدين للقديم ولا تنتقل لتضمن الدين الجديد إلا إذا تم تجديدها . ووضح أن المادة ٤٢١ من القانون المدني الكويتي قد أخذت بهذا الحكم .

٣٧٨ - الفقرة :

يرى العلامة السهوري أن الإثابة في الوفاء وخاصة الإنابة للقاصرة تتضمنها حوالة الدين في الفقه الاسلامي . فمن المقرر في هذا الفقه ، أن

(٣٢) راجع أيضاً نص المادة ٣٧٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بخصوص اعتبار الزيادة والحق في الثمن والمبيع في مدة خيار المجلس أو الشرط ولانحلتها بالأصل فيصير الثمن والمبيع ما ترافعا عليه لصرا .

الدين ينتقل بالحوالة كما سنرى فيما بعد . ويكاد يجمع الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه على أن الأثر للجوهرى لحوالة الدين يتمثل في انتقال الدين والمطالبة به الى ذمة المحال عليه . الا نفر من الأحناف ذهب الى غير ذلك . فقال زفر أنه لا يترتب على لحوالة لانتقال الدين ولا المطالبة به . أما محمد فيرى أن الذى ينتقل بالحوالة ، ليس الدين ، وإنما المطالبة به^(٧٣) . ومؤدى ذلك أن الدائن يرجع على المحال عليه أولا لأن المطالبة انتقلت ولم تبق عند المدين . فان قوى الدين عند المحال عليه ، يرجع للدائن على المدين الأصلي ، لـذ تعود المطالبة بالتوى الى المدين لتتضم الى الدين كما كانت . ويقول للعلامة المنهورى : لعل حوالة الدين ، عند محمد ، هى ضرب من الانابة القاصرة ، ينبى فيها المدين المحال عليه فى الوفاء بالمدين عن طريق نقل المطالبة اليه فيرجع الدائن (الخاب) هنا ايضا على المحال عليه (الخاب لحيه) أولا ، فان توى للمدين عنده رجع على المدين (التيب)^(٧٤) .

(٧٣) ولجع فيما بعد ، حوالة الدين فى فقهه الاسلامى . ذكرها .

(٧٤) المنهورى ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٢٤٠ ، ص ٤٢٨ ، ملهى رقم (٢) .

الفصل الثالث

انقضاء الالتزام دون وفاء

٣٧٩ - تقسيم :

ينقضي الالتزام دون وفاء في القانون المدني والفقهاء الاسلامي بمدة طرق
في الاجراء واستحالة للتنفيذ ومنع سماع الدعوى بمرور للزمن (التقادم) *

ونتكلم عن هذه الطرق في القانون في مباحث ثلاثة : ونخصص المبحث
الرابع لدراسة هذه الطرق في لفقهاء الاسلامي *

المبحث الأول

الإبراء

LA REMISE DE DETTE

٣٨٠ - تعريف :

يمكننا تعريف الإبراء بأن عبارة عن نزول الدائن عن حقه قبل الدين دون مقابل يتقاضاه منه أو من غيره .

٣٨١ - خصائص الإبراء :

١ - فالإبراء تصرف قانوني يتم بالارادة المفردة وهي ارادة الدائن اذ لا دور لرضاء المدين في وجوده . واذا كان رضاء المدين ليس شرطا فيه على هذا النحو ، فيجب ان يلاحظ أن الإبراء لا يرتب آثاره الا اذا اتصل بطم المدين ونصت على ذلك المادة ١/٤٣٥ من القانون المدني الكويتي (م . ٣٧١ مدني مصري) .

ويلاحظ ان لالفقه الفرنسي^(١) يرى في الإبراء عقدا أو اتفاقا ، يتم بتبادل التعبير عن ارادتي الدائن والمدين . فالارادة الواحدة لا تكفي .

٢ - يصد الإبراء من اعمال التبرع ، ولا يكون الا كذلك ومن ثم يخضع للقواعد الموضوعية التي تحكم للتبرعات من حيث تولف اهلية للتبرع في جانب المتبرع على وجه الخصوص ، ونصت على ذلك المادة ٤٣٦ من القانون المدني الكويتي (م . ٣٧٤ / ١ مدني مصري) .

ويرى بعض الشراح في فرنسا ان الإبراء يمكن أن يكون تبرعا أو مقابل^(٢) . ويلاحظ أن وجود المقابل يجعل الأمر من قبيل التجديد أو الوفاء .

(١) CARBONNIER : op. cit., n. 137, p. 538. راجع في ذلك

MARTY et RANYAUD : op. cit., n. 847, p. 853.

MAZEAUD : op. cit., n. 1195, p. 1102.

SAVA TIER : op. cit., n. 321, p. 388.

(2) CARBONNIER : op. cit. راجع في ذلك

MARTY et RAYNAUD : op. cit., n. 848, p. 853-854.

بمقابل . وهذا رأى الأستاذة مازو الذى لا يكون الإبراء فى نظروهم الا
تبرعا (٣) .

٣ - لا يخضع الإبراء لأى شرط شكلى ونصت على ذلك المادة ٤٣٦ من
القانون المحنى الكويتى (م ٢/٣٧٢ محنى مصرى) بقولها : « لا يشترط فيه
(الإبراء) أى شكل خالص ولو وقع على التزام يشترط لقيامه قولفر شكل
فرضه القانون أو اتفق عليه المتماثلان » .

٣٨٢ - آثار الإبراء :

يترتب على الإبراء لتقضاء الدين أو الالتزام ولكن يلاحظ أن الإبراء لا ينتج
آثره المرجو الا اذا اتصل بعلم الدين كما ذكرنا .

والدين اذ يسقط بالإبراء ، يسقط معه ما كان يضمه من تامينات وما
كان يرد عليه من دفع . وتجدر الإشارة الى أن الإبراء يرتد ببرد الدين كما
ذكرنا .

أى أن للمدين رفض الإبراء وفى هذه الحالة لا يترتب اثره . فإذا رده
المدين ، ترتب على ذلك اعادة الالتزام بما كان يضمه من تامينات وما كان
يرد عليه من وقوع . ونصت على هذا الحكم للفقرة الثانية من المادة ٤٣٥
من القانون المحنى الكويتى . ويلاحظ أن القانون المحنى المصرى وإن تكلم عن
الرد فى المادة ٣٧١ الا أنه لم يتناول صراحة آثاره كما فعل نظيره الكويتى على
النحو المتقدم .

٣٨٣ - الإبراء فى المشروع المصرى لتقنين احكام تشريعية الاسلامية فى المعاملات المساقية :

تناول المشروع الإبراء باعتباره سببا لاقتضاء الالتزام ، ونصت المادة
٣٦١ منه على ما يأتى « ينقضى الالتزام اذا أبرأ الدائن مدينه مختارا ، ويتم
الإبراء متى وصل لى علم الدين ، ويرتد برده » .

وهذه المادة تطبق المادة ٣٧١ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطبق للفقرة الأولى من المادة ٤٣٥ من القانون المدني الكويتي .

كما نصت المادة ٣٦٢ من المشروع على ما يأتي :

- ١ - تسرى على الإبراء الأحكام الموضوعية التي تسرى على كل تبرع .
- ٢ - ولا يشترط فيه شكل خاص ، ولو وقع على التزلم يشترط لقيامه شكل فرضه القانون أو لتفق عليه المتعاقدان .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٧٢ من القانون المدني المصري الحالي ، كما تطابق المادة ٤٣٦ من القانون المدني الكويتي .

المبحث الثاني

استحالة التنفيذ

Impossibilité d'exécution

٣٨٤ - يقضى الالتزام اذا استحال على المدين الوفاء به بسبب اجنبى لا يد له فيه (م ٤٢٧ مدينى كويتى - ٣٧٣ مدينى مصرى) * وحتى ينقضى الالتزام على هذا النحو ، ينبغى تولف الشروط الآتية *

١ - ان يكون الوفاء بالالتزام مستحيلا وليس مرفقا :

فالالتزام ينقضى - على حد تعبير النص - اذا استحال على المدين الوفاء به ، فلو كان الوفاء بالالتزام اى تنفيذه امرا ممكنا لكنه مرفق للمدين فان الالتزام لا ينقضى *

٢ - ان تكون الاستحالة دائمة وليست مؤقتة :

فلو كانت مؤقتة ترتب عليها وقف التنفيذ وبصورة مؤقتة ايضا * ومن ثم فالالتزام لا ينقضى بها * ويدعى فان الاستحالة الدائمة التى ينقضى بها الالتزام ، هى التى تطرا بعد نشوئه * اذ لا يتصور نشوء الالتزام وهناك استحالة سابقة على نشوئه *

٣ - ان تكون الاستحالة بسبب اجنبى لا يد للمدين فيه :

ومثال السبب الاجنبى : القوة القاهرة او الحادث المفاجىء وخطأ الدائن وخطأ الغير بشرط الا يكون ضمن الغير الذى يسأل عنه هذا المدين *

٣٨٥ - ولكن يلاحظ ان هناك حالات لا ينقضى فيها الالتزام على الرغم من استحالة تنفيذه بسبب اجنبى وهى حالات يكون المدين فيها قد ارتكب خطأ قبل استحالة التنفيذ هذه * مثال ذلك ما نصت عليه المادة ١/٢٨٧ من القانون الكويتى (م ١/٢٠٧ مدينى مصرى) * من انه « اذا التزم المدين ان يسلم شيئا ولم يتم بتسليمه بعد اعذاره ، كان هلاك الشيء عليه ولو كان هلاكه قبل الاعذار على الدائن ، » *

والمعنى الواضح لذلك انه اذا استحالة على الدين تنفيذ التزامه بسبب اجنبى كما لو هلك للشيء لهذا السبب ، وكان قد ارتكب خطأ يتمثل في ان الدائن قد اعذره قبل ذلك بالتسليم ولم يحم به ، فان الالتزام لا يسقط . صحيح ان تنفيذه عينا قد غدا غير ممكن ، لكن يلتزم الدين بالتعويض . ذلك ان استحالة التنفيذ تظل - ولئن كانت بسبب اجنبى - معزوة الى الدين . وعلّة ذلك انه قد ارتكب خطأ يتمثل في عدم قيامه بالتسليم رغم الاعذار .

٣٨٦ - يترتب على استحالة تنفيذ الالتزام بسبب اجنبى بتوافر الشروط السابقة ، انقضاء هذا الالتزام ، بحيث تبرأ ذمة الدين منه ، وفي نفس الوقت لا يمكن ان يلتزم بالتعويض وهذا هو الاصل .

ويترتب على لنقض الالتزام ان تنقضى معه للتأمينات التي كانت تضمنه وقد تضمنت الأثر السابق لاستحالة لتنفيذ المادة ٤٣٧ من القانون المدني الكويتى (م ٣٧٣ مدنى مصرى) .

٣٨٧ - استحالة التنفيذ في الشروع المسمى لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

نصت المادة ٣٦٣ من المشروع على لنقض الالتزام لاستحالة التنفيذ اذ قالت : « ينقضى الالتزام اذا اثبت الدين ان الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبى لا يدل عليه » .

وهذه المادة تطابق المادة ٣٧٣ من القانون المدني المصرى للحالى ، كما تطابق المادة ٤٣٧ من القانون المدني الكويتى .

المبحث الثالث

مرور الزمان المانع من سماع الدعوى

٣٨٨ - تهييد وتقسيم :

أخذت غالبية التقنيات المدنية ، لا سيما العربية منها ، بفكرة التقادم المسقط للحق باعتباره سببا لانقضاء الالتزام * . وتعنى هذه الفكرة لانقضاء حق لم يطالب به صاحبه مدة معينة مع ملاحظة ان المقصود هو الحق الشخصى * . وتبنى هذه الفكرة على اعتبارات عملية حاصلها احترام الاوضاع المستقرة حماية للثقة المشروعة في التعامل (١) *

وقد رتأى المشرع المدني الكويتي ان فكرة التقادم وما تنفيى عليه من اعتبارات - هي عملية فحسب تتجاهل اعتبارات اديبة واخلاقية ينبغي ان تسود التعامل * . واثر نهج الفقه الاسلامي في هذا المجال ، لفتداء بالقانون المدني المرتلى الذي سبقه الى ذلك * وهو ما اخذ به مشروع القانون المدني الجديد في مصر ، على خلاف للقانون المدني المصري الحالي *

والسائد في الفقه الاسلامي ان الحق لا ينقضى ولا يسقط بتقادم الزمان ، ولكن يترتب على مرور الزمان مدة معينة منع سماع الدعوى بالحق اذا الحق في الفقه الاسلامي لا يسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بصفة من هو عليه ان هو له حتى تبرأ فتمت بالاستيفاء او البراءة * . ومرور للزمن (التقادم) يؤثر في منع سماع الدعوى اذا كان المدعى عليه منكرا لهذا الحق (٢) *

والامر على هذا النحو من قبيل الاستحسان ووجهه منع للتزوير والحيل لان ترك الادعى مع التمكن من قيامها يحل على عدم وجود الحق

(٤) راجع المسنهوري ، الوسيط ، ج ٣ ، رقم ٥٩١ ، ص ٩٩٤ وما بعدها
لتقادم المسقط والاعتبارات التي يقوم عليها *

(٥) لحدود لبراهيم بك ، الالتزامات في الشرع الاسلامي ٢٢٧ *

ظاهراً حتى اذ انتهت العلة وجب سماع الدعوى مهما طالت مدة تركها
فمنع سماع الدعوى بالحق لا ينبغي على بطالته وإنما هو مجرد
منع القاضي من سماعها مع بقاء الحق لصاحبه حتى لو اقر به الخصم
لزمه ، ومنع القاضي من سماع الدعوى في هذا المقام هو من قبيل تخصيص
تضائه بالزمان والمكان والخصوصية(*) .

وسوف نبحث الموضوع من خلال نصوص التقنين المدني الكويتي في
النقاط التالية ونخصص لكل منها مطلباً .

أولاً : المدة المقررة لمدح سماع الدعوى .

ثانياً : وقف ولتقطاع مدة عدم سماع الدعوى .

ثالثاً : آثار مضي المدة المقررة لمدح سماع الدعوى .

(١) الفكرة الايضاحية للتقنين المدني الكويتي ص ٢٠٦ .

المطلب الأول

المدة المقررة لعدم سماع الدعوى

٣٨٩ - حدد المشرع المدني للكويتي المدة اللازمة لمنع سماع للدعوى - كإصل عام - بخمس عشرة سنة * إلا أنه قد وجد أن عادات الناس وعرفهم جرت بالنسبة لأنواع معينة من الحقوق الشخصية على مبادئ أصحابها باستيفائها ، وعدم قصود المزمين بها طويلا دون أنوف، بها وذلك بالنظر إلى ما لهذه الحقوق من طبيعه خاصة - ولذا فإنه لم يلتزم - استثناء - بشأن تلك اللاتفة من الحقوق بالمدة المقررة لمنع سماع للدعوى المعنية - كإصل عام - بخمس عشرة سنة بل جعل مناط عدم سماع الدعوى بالنسبة لكل نوع منها مدة أقل من ذلك تناسب مجريات التعامل فيها والمألوف في الوفاء بها مع مراعاة ظروف من يقع عليهم الالتزام بكل منها * وسوف نتناول الاصل للعام وما عليه من استثناءات *

٣٩٠ - الأصل للعام في شأن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

وضع المشرع المدني للكويتي الأصل العام بشأن ادة المقررة لعدم سماع الدعوى وضمنه نص المادة ٤٣٨ ويقضى بأنه « لا تسمع عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية بعضى خمس عشرة سنة وذلك فيما عدا الأحوال الى يعين فيها القانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية » *

والمعنى الواضح للنص أنه بمرور خمس عشرة سنة لا يسمع القاضى عند الإنكار الدعوى بحق من الحقوق الشخصية وهذا هو الأصل العام(٧) *
إلا أن المشرع حدد أن حدد المدة على النحو السابق، في صدر للنص استطراد الى الاستثناءات للوردة عليها *

٣٩١ - الاستثناءات على الأصل للعام :

استثنى المشرع من الأصل العام السابق الأحوال التي يعين فيها للقانون مدة أخرى والأحوال المنصوص عليها في المواد التالية للنص السابق الذي تضمن الأصل للعام *

(٧) وقد أخضع المشرع لهذا الأصل العام أيضا الويع في ذمة الحائز حسن النية والريع للواجب على نظار الوتوف ادلوة للمستحقين * للمادة ٢/٤٣٩ *

فالقانون قد يحدد مدة أخرى لمنع سماع الدعوى بالحق والمتصود
هنا القوانين الخاصة التي تتضمن نصوصاً تحدد مدة أخرى لمنع سماع
الدعوى - مثل القانون للتجاري *

أما النصوص الثانية على حد قول النص المشار اليه من قبل ، فهي
تتضمن بعض الحقوق استثناءها المشرع المدني من الأصل للعام لاعتبارات
ذكرناها من قبل . ونبتاول المادة المقررة لمنع سماع الدعوى منها مقتصرين
عليها دون غيرها التي نصت عليها قوانين خاصة *

ونحن نقتصر في دراستنا لهذه الاستثناءات على ما جاء به القانون
المدني للكويتي منها ، نشر - إجمالاً - الى أنه قد جعل المدة للبعض منها خمس
سنوات وجعلها للبعض الآخر سنة واحدة *

٣٩٢ - نولا - مع سماع للدعوى عند الإنكار بعضي خمس سنوات :

١ - الحقوق التي لها صفة الدورية والتجديد :

استثنى المشرع المدني للكويتي الحقوق الدورية المنجدة من الأصل
أنهم في تحديد المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، اذ قرر في الفقرة الأولى
من المادة ٤٣٩ من المدة المقررة لعدم سماع اندعوى بحق دوري متجدد هي
خمس سنوات . وللحق يكون دورياً إذا استحق في مواعيد متتالية يفصل
بينها وحدة زمنية معينة : اسبوع أو شهر ، سنة . وقد تنشأ الدورية
على الاتفاق أو القانون . ومثال الأول - على حد ما جاء بالنص السابق - أجرة
المباني والأراضي الزراعية *

ومثال الثانية - كما ذكر النص المشار اليه ايضاً - للرتب والمعاملات .
ويكون الحق متجدداً إذا كان الوفاء به في موعد معين لا يمتنع من أصله
مثل الأجور والرتب *

٢ - حقوق أصحاب المهن الحرة :

حدد المشرع المدة المقررة لمنع سماع الدعوى عند الإنكار بالنسبة لحقوق
أصحاب المهن الحرة بخمس سنوات . وذلك في المادة ٤٤٠ من القانون المدني
للكويتي ومثل لها في النص بحقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين
والخبراء ومديرى التفليسة والسمايرة والمعلمين . ومما يدل على أن المشرع
قد أراد - بذكر هؤلاء في النص - التمثيل لا احصر أنه قال ، وغيرهم مما

يزولون المهن الحرة ، * ويلاحظ ان المشرع قد عاد وقرر عدم سماع الدعوى بسند حر بحق من هذه الحقوق الا بانقضاء خمس عشرة سنة وذلك في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ *

٣ - للضرائب والرسوم المستحقة للدولة :

لا تسمع عند الانكار دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بمعنى خمس سنوات * وكذلك يكون الحكم اذا كانت للدعوى بالمطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ونصت على ذلك المادة ٤٤١ من القانون المدني الكويتي *

٣٩٣ - ثانيا : منع سماع الدعوى عند الانكار بمعنى سنة واحدة :

نصت المادة ٤٤٢ من القانون المدني الكويتي على عدم سماع الدعوى عند الانكار بانقضاء سنة واحدة اذا كانت بحق من الحقوق الآتية :

(ا) حقوق للتجار والصناع عن اشياء وردوها لاشخاص لا يتجرون مثال ذلك حق للصاب وتاجر المواد للذئبية *

(ب) حقوق اصحاب للفنادق والمطاعم عن اجر الاتامة وثمان الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم *

(ج) حقوق خدم المنازل ومن في حكمهم مثل الليستاني والطسامي والسائق الخاص وحارس المنزل للخصوصي *

ولكن يلاحظ ان المشرع عاد وقرر في الفقرة الثانية من المادة ٤٤٣ من القانون المدني الكويتي عدم سماع الدعوى بسند حر بحق من هذه الحقوق الا بانقضاء خمس عشرة سنة *

٣٩٤ - بدء سريان مدة عدم سماع الدعوى وكيفية حسابها :

ضمن المشرع المدني الكويتي في المادة ١/٢٤٥ للقاعدة العامة في تحديد بدء سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى قولا بأن هذه المدة لا تبدأ في

السريان الا من اليوم الذى يصبح فيه الدين مستحق الأداء ما ثم ينص القانون على خلاف ذلك(٨) .

ونصت الفقرة الثانية من المادة ٤٤٥ من القانون المدني الكويتي على انه لو كان ميعاد الوفاء متوقفا على ايراد الدائن سرت الحدة منذ الوقت الذى يكون فيه للدائن ان يعلن ارفاقه وينطبق هذا الوقت عادة على تاريخ نشوء الالتزام . ومن ثم فلا عبء بالوقت الذى يختاره الدائن للمطالبة بالوفاء ، تجنباً لتحكم الدائن في تحديد التاريخ الذى تبدأ به جريان مدة عدم سماع الدعوى(٩) .

وإذا كانت القاعدة في بدء سريان مدة عدم سماع الدعوى تحدد بدء سريان الحدة باستحقاق حق الدائن الا ان المشرع قد خرج عليها بنص خاص يتعلق ببعض الحقوق . فقد نص في الفقرة الأولى من المادة ٤٤٣ علو، انه بالنسبة للحقوق للنصوص عليها في المادة ٤٤٠ (حقوق اصحاب نهن الحرة) والمادة ٤٤٢ (وهي كل الحقوق التى لا تسمح للدعوى بها بمضى سنة كما ذكرنا) فان مدة عدم سماع الدعوى بها لا تبدأ في السريان الا من الوقت الذى يتم فيه للدائنون تقديماتهم ولو اسنمروا في اداء تقديمات اخرى .

وتنص المادة المقررة لعدم سماع الدعوى بالأيام لا بالساعات ويفضل اليوم الأول وتكمل الحدة بانقضاء آخر يوم فيها . هذا ما نصت عليه المادة ٤٤٤ من القانون المدني الكويتي . واعتمد المشرع التقسيم الميلاى في حساب كافة المدة التى تكلمنا عنها .

(٨) فقد ينص القانون احياناً ولاعتبارات معينة على جعل بدء سريان الحدة في تاريخ لاحق لاستحقاق الدائن حقه كما هو الامر بالنسبة للائتمانات القنصلية من لصل غير المتروك ولا تسرى الحدة بالنسبة لها الا من الوقت الذى يعلم فيه الدائن بقيام الدين وبالشخص المسئول عنه . ويمكن ايضا وعلى اساس بعض الاعتبارات ان يبدأ سريان الحدة في وقت سابق لاستحقاق الدائن حقه . ومن ذلك على سبيل المثال النص الذى منع سماع الدعوى بالنسبة للحقات الدين تبما لحس سماعها بالنسبة الى الدين ذاته مع ان استحقاقها يكون لاحقاً في الغالب لاستحقاق الدين .

راجع الفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي ، مشار اليها من قبل ، ص ٢٠٨ .

(٩) الفكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي مشار اليها من قبل ، الموقع السابق .

وتجدر الإشارة وبمناسبة مدة عدم سماع الدعوى أيضا ، ان المشرع قد أورد في الفقرة الأولى من المادة ٤٥٣ من القانون المدني الكويتي حكما يقضى باعتبار جميع النصوص المحددة للمدد المقررة لعدم سماع الدعوى بتعلّقه بالنظام العام ومن ثم لا يجوز أن يتفق الأفراد على مخالفة أحكامها .

وما ينبغي أن يلاحظ في هذا المقام أنه يتمين علينا الا يخطط بين تعلق تحديد المدة بالنظام العام من جهة وبين منع سماع للدعوى ذاته من جهة أخرى وهو لا يتطابق بالنظام العام . إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٥٣ من القانون المدني الكويتي على أنه « لا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم سماع الدعوى بمرور الزمن من تلقاء نفسها » وانما يكون ذلك بناء على طلب المدين أو دائئه أو أى شخص له مصلحة ولو لم يتصك به المدين » .^{١٠}

المطلب الثاني

وقف وانقطاع مدة عدم سماع الدعوى

٣٩٥ - تقسيم :

بعد أن تبدأ في السريان - وفقاً للقواعد التي تناولناها - المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، قد يطرأ ما يؤثر على هذا السريان في استمراره . ويتخذ التأثير أما مظهر الوقف وأما مظهر الانقطاع . ونعرض لهما في غرضين مستقلين .

الفرع الأول

وقف مدة عدم سماع الدعوى

٣٩٦ - تعريف :

نقصد بوقف مدة عدم سماع الدعوى ، أن يطرأ بعد بدء سريانها أو قبله وفقاً للقواعد المقررة - ما يؤدي إلى تعطيل استمرار هذا السريان أو بدئه ، بحيث لو زال سبب للتعطيل تستأنف المدة سريانها من جديد حتى تستكمل امتدادها لما تم منها قبيل هذا التعطيل .

٣٩٧ - أسباب وقف مدة عدم سماع الدعوى :

أوردت المادة ٤٤٦ من القانون المدني الكويتي وخاصة في فقرتها الأولى الحكم للعام بشأن وقف مدة سماع الدعوى ، ومؤداه : أن وقف سريان المدة يتحقق إذا وجد مانع يستحيل معه على الدائن أن يطلب بحقه في الوقت المناسب والمانع يكون مادياً أو أدبياً . ومثال الأول أن يطرأ ما يحول دون الدائن ومثوله أمام المحكمة للمطالبة بحقه ، أما لتعطيل أعمال الحاكم لأسباب عامة أو لتعذر وصوله إليها لنفس الأسباب أيضاً .

ومثال الثاني : وجود علاقة تربط الدائن والمدين يشعر معها أن الدائن بحرج شديد إذا طالب بحقه أمام القضاء . مثل علاقة الزوج بزوجه

واعتبرت الفقرة الثانية من النص المذكور مانعا ينصّر منه المطالبة بالحق
عدم توافر الاهلية في الدائن أو غيبته أو الحكم عليه بعقوبة جنائية لذا لم
يوجد نائب يمثل قانونا .

وما نود ان ننبه عنه في هذا المقام ، أن وجود مانع يستحيل معه على
الدائن ان يطالب بحقه على نحو ما ذكرت للتو لنما يوقف سريان مدة عدم
سماع الدعوى ايلكانت في قدرها . أي سواء كانت المدة محدودة بخمس
عشرة سنة أو كانت محددة بسنة واحدة على نحو ما ذكرنا (١) .

٣٩٨ - اثر وقف مدة سماع الدعوى :

إذا قام مانع من الموانع السابقة ترتب على ذلك وقف المدة المقررة لسمع
سماع الدعوى . وهذا يعني - على ما أوضحنا - عدم استمرار سريان
المدة إذا كان قد بدا أو ناخر بدء سريانها إذا لم يكن قد بدا . وهذا يفترض
بطبيعة الحال أن المانع ما زال قائما .

ويترتب على ذلك بحكم المنطق انه إذا قام المانع بعد بدء سريان
المدة فإن سريانها يقف ويستمر موقوفا باستمرار قيام المانع . فإذا زال
المانع استأنفت المدة سريانها وصولا الى استكمالها وفقا للقواعد المقررة
قانونا . ويدخل في حسابها ما سرى منها قبل قيام المانع ولا يدخل فيها
فترة اللوقف ذاتها وهي فترة قيام المانع حتى زواله .

ويلاحظ هنا ، أن المادة ٤٤٧ من القانون المدني الكويتي قد أوردت
حكما يقضى بأنه لو كان وقف سريان مدة عدم سماع الدعوى يرجع الى
سبب شخصي قام بأحد الشركاء في الدين فلا يفيد من هذا الوقف للشركاء
الآخرين الذين لم يتحقق بهم سببه . فلو وقف سريان المدة بالنسبة الى بعض
ورثة الدائن فإن المدة لا توقف بالنسبة الى بقية الورثة .

(١٠) فإن حكم المادة ٢/٣٨٢ من قانون مصر بخصوص التنازل ونقش بعدم وقف
التنازل في حق الدائن نافي الاهلية أو للقائب أو للحكوم عليه بعقوبة جنائية ولا يوجد من
يمثله قانونا الا إذا كانت المدة المقررة تزيد على خمس سنوات .

الفرع الثاني

انقطاع مدة عدم سماع الدعوى

٣٩٩ - تعريف :

نقصد بانقطاع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، ان يطرا بعد بدء سريانها سبب يؤدي الى الفناء ما سرى منها بحيث اذا زال للسبب تبدأ المدة في السريان من جديد دونما اعتبار لما سرى منها قبل ذلك . وفي هذا يختلف الوقت - كما رأينا - عن الانقطاع .

٤٠٠ - اسباب انقطاع مدة عدم سماع الدعوى :

تكلم المشرع المدني الكويتي في المادتين ٤٤٨ ، ٤٤٩ عن اسباب لانقطاع مدة عدم سماع الدعوى وحصرها في اسباب منها ما يتعلق بالدائن ومنها ما يتعلق بالمدين .

٤٠١ - اولا - اسباب الانقطاع المتعلقة بالدائن :

١ - المطالبة القضائية :

قررت المادة ٤٤٨ من القانون المدني الكويتي انقطاع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة للقضائية .

والمطالبة للقضائية التي تقطع تكون بذات الحق موضوع عدم سماع الدعوى به لانكاره وتتم بمطالبة الدائن بحقه امام القضاء . ويترتب الانقطاع على هذه المطالبة - بهذا المعنى - كلما توفر فيها معنى الطلب الواقع فعلا للمحكمة وللجزم بالحق الذي يرد انقضائه .

ويلاحظ ان المطالبة للقضائية تقطع للتقادم ولو كانت امام محكمة غير مختصة ونصر المادة ٤٤٨ صريح في ذلك . وعلة ذلك ان هذه المطالبة تدل بل تقطع - ولا يؤثر في ذلك عدم اختصاص المحكمة - بنية الدائن في سعيه للحصول على حقه .

ويترتب على الانقطاع اثره - كما سنبين فيما بعد - بالمطالبة ويستمر مع استمرارها حتى يتم الفصل في الدعوى بهذه المطالبة والفصل فيها يكون بالحكم . فاذا كان الحكم لصالح الدائن فالنتيجة زوال الأثر المترتب وهو الانقطاع لتبدأ المدة المنقطة في السريان من جديد دونما اعتبار لما كان منها قبيل حصول الانقطاع بالمطالبة أما لو كان الحكم ضد الدين اى برفض طلبه زال كل اثر للمطالبة القضائية وتعتبر كان لم تكن ومن ثم تعتبر المدة وكأنها لم تنقطع اصلا . ونفس الأمر ولو كان قبول الدعوى شكلا . ويتصور ايضا ان يكون حكم المحكمة بعدم الاختصاص في الحالة التي تكون فيها المطالبة أمام محكمة غير مختصة . فهذه المطالبة تقطع المدة كما رأينا - مع انها أمام محكمة غير مختصة . ولما كان الأمر كذلك ، فان الحكم بعدم الاختصاص من شأنه ان يزول الانقطاع وتبدأ المدة التي قطعت في السريان من جديد^(١) .

٢ - اعلان السند التنفيذي (التنبيه) :

قد يكون الدائن في غير حاجة للمطالبة القضائية . ويحدث ذلك لو كان حقه ثابتا بسند تنفيذي . ويترتب الانقطاع في هذه الحالة على قيام الدائن باعلان السند التنفيذي الى الدين . وغير خاف انه اجراء يعد من مقدمات التنفيذ . ونصت على اعلان السند التنفيذي كسبب للانقطاع المادة ٤٤٨ من القانون المدني الكويتي .

٣ - الحجز :

نصت المادة ٤٤٨ من القانون المدني الكويتي صراحة على انقطاع المدة اثره لعدم سماع الدعوى بالحجز . ويحدث الحجز اثره هذا ، سواء كان حجزا تنفيذيا او حجزا تحفظيا .

٤ - طلب الدائن قبول حقه في التظلم :

تنقطع مدة عدم سماع الدعوى - بصراحة النص السابق - بالطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تظلمة الدين او في توزيع . وحسبما صرح به النص السابق ايضا فان المدة تنقطع باى عمل يقوم به الدائن !! تمسك بحقه اثناء السير في إحدى الدعاوى . كما لو تدخل الدائن للتمسك بحقه في دعوى مدعوى مدعوى على الدين من شخص آخر .

(١١) راجع ، محمد ليبي شخب ، المرجع السابق ، رقم ٤٠٨ ، ص ٤٠٩ ، ص ٤١٠ .

٤٠٢ - ثانيا - اسباب الانقطاع المتعلقة بالدين :

نصت للفقرة الأولى من المادة ٤٤٩ من القانون المدني الكويتي على انقطاع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر الدين بحق الدائن وعلة ذلك ان اقرارا مثل هذا يتضمن معنى للنزول عن الجزء ، الذي انقضى من المدة قبل ذلك . والاقرار يكون صريحا أو ضمنيا . ويعتبر اقرارا ضمنيا - على حد قول الفقرة الثانية من النص السابق - أن يكون للمدين مالا مرهونا رهنا حيازيا الى الدائن ضمنا للدين أو كان الدائن قد حبس المال تحت يده تبعا لحقه في عدم رده حتى يستوفى الدين المرتبط به . فان ترك الدين لماله في الحالين يعتبر اقرارا ضمنيا بالدين يكون من شأنه استدلاء الانقطاع طالما بقي المال في حيازة المرتهن أو تحت يد الحابس تقديرا بان اقرار بهذه المثابة يبقى مستمرا مهما طاللت المدة على استحقاق الدين .

٤٠٣ - آثار انقطاع مدة عدم سماع الدعوى :

لذا تحقق سبب من اسباب الانقطاع السابقة ترتب على ذلك انقطاع سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى . ولازم ذلك - على ما بينا من قبل - للفناء ما كان من هذه المدة قبل تحقق سبب الانقطاع . وانه بزوال هذا السبب تبدأ في السريان ومن جديد المدة بعدم سماع الدعوى ، ولا يدخل فيها مدة قيام سبب الانقطاع . والأصل ، أن مدة عدم السماع تبدأ في السريان من جديد - بزوال سبب الانقطاع - بنفس قدر المدة الأولى . ونصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ٤٥٠ من القانون المدني الكويتي اذ قالت : اذا انقضت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، بدأت مدة جديدة من وقت لنتهاء الاثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة للجديدة مهيئة للمدة الأولى .

واستثناء على هذا الأصل ذكرت الفقرة الثانية من النص السابق حالتين تختلف فيهما مدة عدم سماع الدعوى بعد الانقطاع عنها قبله .

الحالة الأولى :

اذا حكم بالحقوق وحاز للحكم قوة الأمر القضي ، فان مدة عدم سماع الدعوى التي تبدأ في السريان من جديد بعد زوال سبب الانقطاع تكون لخمس عشرة سنة بغض النظر عن التقدير للامدة التي طرأ عليها الانقطاع من قبل . وعلى أية حال فانه لما كانت المدة الجديدة - حسب النص - خمس عشرة سنة ، فان ذلك يفترض أن التقدير للامدة التي طرأ عليها الانقطاع من قبل أقل من خمس عشرة سنة .

ولكن يلاحظ أن الاستثناء في هذه الحالة ويقضى باعتبار مدة عدم
السماع للجديدة خمس عشرة سنة لا يمرى على ما تضمنه الحكم بالحق
- للذي حاز قوة الأمر المقضى - من التزامات دورية متجددة تكون مستحقة
الأداء بعد صحوره *

الحالة الثانية :


إذا كان للحق مما لا تسمع به الدعوى بمرور خمس سنوات كما هو
الأمر بالنسبة للحقوق الواردة في المادة ٤٤٠ وسبق دراستها لو كان الحق
مما لا تسمع به للدعوى بمرور سنة كما هو الحال بالنسبة للحقوق الواردة
في المادة ٤٤٢ وسبق دراستها ، فإن استئناف سريان المدة بعد الانقطاع
يكون خمس عشرة سنة إذا كان هذا الانقطاع باقرار اللعين .

المطلب الثالث

آثار مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى

٤٠٤ - يترتب على مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ولكتمالها اثر جوهري يتمثل في منع سماع للدعوى باصل الحق وكذا ملحقاته - الا ان ذلك يفترض بالتمسك بمنع سماع الدعوى وعدم النزول عنه - وينبثق ذلك تباعا -

٤٠٥ - اولا - منع سماع الدعوى باصل الحق وملحقاته :

يترتب على مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ولكتمالها عدم سماع الدعوى بالحق - وهذا يعني ان مرور الزمن في القانون المدني الكويتي ليس من شأنه - بخلاف التقادم - ان يسقط الحق - وقد أخذ هذا القانون بأحكام الفقه الاسلامي في هذا المجال - اذ الحق فيه على ما سئرى - لا يسقطه تقادم الزمن بل هو لاصق بخمة من هو عليه ان هو له - لكن تقادم الزمن او مروره انما يمنع سماع الدعوى اذا كان المدعي عليه منكرا للحق 

وهذا الاثر ، اعني منع سماع للدعوى ، يشمل للدعوى باصل الحق وملحقاته - اذ تضمنت المادة ٤٥١ من القانون المدني الكويتي حكما يقضي بان عدم سماع الدعوى باصل الحق انما يستتبع عدم سماعها بالنسبة للملحقات ولو كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بشأن هذه الملحقات لم تكتمل بعد -

٤٠٦ - ثانيا - التمسك بمنع سماع الدعوى :

لكي يترتب الاثر السابق ، اعني منع سماع الدعوى باصل الحق وملحقاته كما ذكرنا ، يشترط - اضافة الى اكتمال مضي المدة - التمسك بمنع سماع للدعوى هذا - وللتمسك بمنع سماع الدعوى يكون بناء على طلب المدعي او أي شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعي (م ١/٤٥٢ مدني كويتي) وصاحب المصلحة يمكن ان يكون دائن هذا المدعي - هذا عن التمسك بمنع سماع ومن له التمسك -

لها عن كيفية ذلك ، فانه غالبا ما يكون عن طريق دفع يتقدم به المدعى الى المحكمة لذا ما طلبه للدائن .

وبلاحظ ان وجوب التمسك بمنع سماع الدعوى على النحو السابق يرتبط به او يتفرع عنه حكم آخر اورده الفقرة الاولى من المادة ٤٥٢ انضا ويقضى بانها لا يكون للمحكمة ان تقضى بعدم سماع الدعوى بمرور الزمان من تلقاء نفسها . ومفاد ذلك ان عدم سماع الدعوى بمرور الزمن لا يتعلق بالنظام العام . مع ملاحظة مانوحنا عنه من قبل بخصوص المدة المقررة لمنع سماع الدعوى وتنطبق بالنظام العام .

٤٠٧ - ثالثا : عدم النزول عن الدفع بعدم سماع الدعوى :

ان منع سماع الدعوى بأصل الحق وملحقاته كآثر لحق المدة المقررة لعدم سماع الدعوى هذا . والأصل في هذا الخصوص اورده الفقرة الاولى من المادة ٤٥٢ من القانون المدني الكويتي وتقضى بعدم جواز التنازل عن الدفع بعدم سماع الدعوى لمرور الزمن قبل ثبوت الحق فيه . وعلة ذلك - على حد ما جاء بالذكرة الايضاحية - انه لو اجيز للنزول المسبق لأصبح شرطا ملوفا يميله الدائن على المدعى دفعت نشوء الدين فضلا عن انه يهدد الاعتبارات التي يقوم عليها هذا الدفع بمنع سماع الدعوى .

الا ان المشرع قد اجاز في الفقرة الثانية من النص المذكور النزول عن الدفع بمنع سماع الدعوى لمرور الزمن وذلك بعد ثبوت الحق فيه . ويكون النزول صريحا او ضمنيا .

ويشترط في هذا النزول - ابتداء - ان يكون بعد ثبوت الحق في التمسك بمنع سماع الدعوى . كذلك يشترط ان يصدر - على حد تعبير تلك الفقرة الثانية - ممن يملك التصرف . ومفاد ذلك ان اهلية المطالبة لصحة النزول هي اهلية للتصرف . ويشترط في النزول اخرا الا يضر بسائر الدائنين . ويكون الاضرار ينزل المدعى عن التمسك بمنع سماع الدعوى بالنسبة لدائن معين وهو مما يضر بباقي الدائنين .

٤٠٨ - عدم سماع الدعوى لمرور الزمن في المشرع المصري لتقنين احكام الشريعة الاسلامية في المعاملات المالية :

ياخذ للقانون المدني المصري الحالي مبدءا سقوط الحق الشخصي بالتقدم . ولكن المشرع ياخذ بمبدء عدم سماع الدعوى لمرور الزمن .

فمرور الزمن لا يؤثر - حسب ما استحدث المشروع من أحكام في هذا الصدد - على وجود الحق ذاته . والمشروع بذلك يكون قد أخذ بمبدأ تقره للشريعة الإسلامية .

أولاً - نصت المادة ٣٦٤ من المشروع على الجبأ بقولها : « لا تسمع الدعوى بالانزاع على الذكر بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي ، فيما عدا الحالات التي وردت فيها أحكام خاصة ، وفيما عدا الاستثناءات التالية » .

والنص يقرر القاعدة بشأن منع سماع الدعوى بالحق لزور الزمن وقدره خمس عشرة سنة ، إلا في الأحوال التي يحدد فيها القانون مدداً أخرى كما هو الأمر في المواد التالية لهذه المادة .

وهذه المادة المقترحة من المشروع تقابل المادة ٣٧٤ من القانون المدني المصري الحالي . مع ملاحظة مبدأ سقوط الحق بالتقادم في هذه المادة ، بخلاف المادة المقترحة وقد أخذت - على ما ذكرنا - بمبدأ عدم سماع الدعوى لزور الزمن مع الانتكاس والتمرد للمعز . وذلك جرياً على أحكام الفقه الإسلامي .

والمادة المقترحة تطابق المادة ٤٣٨ من القانون المدني الكويتي .

ثانياً - نصت المادة ٣٦٥ من المشروع على ما يأتي :

١ - « لا تسمع الدعوى على الذكر بحق دوري متجدد ، كاجرة المبانى والأراضي للزراعية والرتبات والمعاشات ، بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعي » .

٢ - « ولا تسمع الدعوى على الذكر بالريع المستحق في حصة الحائز من النية أو الريع للولجب على ناظر للوقف أدلة المستحقين بعد تركها خمس عشرة سنة بغير عذر شرعي » .

وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٥ من القانون المدني المصري الحالي . وهي تطابق المادة ٤٣٩ من القانون المدني الكويتي .

اما المادة ٣٦٦ من المشروع فقد نصت على ما يأتى :

« لا تسمع للدعوى على الفكر بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى ، لذا كابت بحق من حقوق الأطباء والصيادلة والمحامين والمهندسين والخبراء والأساتذة والمعلمين وكلاء للتفليسة والسمايرة وغيرهم ممن يزاولون المهن الحرة ، على أن تكون هذه الحقوق مستحقة لهم عما أدوه من عمل من أعمال مهنتهم وما تكبوه من مصروفات » .

والمادة تقابل المادة ٣٧٦ من القانون المبنى المصرى الحالى . وتطابق المادة ٤٤٠ من القانون المبنى الكويتى .

ونصت المادة ٣٦٧ من المشروع على ما يأتى

١ - « لا تسمع على الفكر دعوى المطالبة بالضرائب والرسوم المستحقة للدولة بعد تركها خمس سنوات بغير عذر شرعى . وتبدأ هذه المدة فى الضرائب والرسوم السنوية مع نهاية السنة التى تستحق عنها ، وفى الرسوم المستحقة عن الأوراق القضائية من تاريخ انتهاء الرافعة فى للدعوى التى حررت فى شأنها هذه الأوراق ، لو من تاريخ تحريرها اذا لم تحصل مراقبة » .

٢ - وكذلك يكون للحكم بالنسبة الى دعوى المطالبة برد الضرائب والرسوم التى دفعت بغير حق . وتبدأ المدة المذكورة من يوم دفع هذه الضرائب والرسوم » .

٣ - ولا تخل الأحكام السابقة بالأحكام الواردة فى قوانين خاصة ، وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٧ من القانون المبنى المصرى الحالى . وهى تطابق المادة ٤٤١ من القانون المبنى الكويتى .

ثالثا - نصت المادة ٣٦٨ من المشروع على انه : « لا تسمع عند الإنكار للدعوى بانقضاء سنة واحدة اذا كانت تحقق من الحقوق الآتية :

(أ) حقوق التجار والصناع عن اشياء ورودها لأشخاص لا يتجرون فى هذه الاشياء ، وحقوق اصحاب الفنادق والمطاعم عن اجر الإقامة وتأمين الطعام وكل ما صرفوه لحساب عملائهم » .

(ب) حقوق العمال والخدم والاجراء ، من أحوار يومية وغير يومية ، ومن ثمن ما قاموا به من توريدات » .

والمادة تقابل المادة ٣٧٨ من القانون المدني المصري الحالي . وهي تطابق
الفقرة الأولى من المادة ٤٤٢ من القانون المدني الكويتي .

رابعاً - وعن بدء سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى :

نصت المادة ٣٦٩ من المشروع على ما يأتي :

١ - تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى في الحقوق المذكورة في
المادتين ٣٦٦ ، ٣٦٨ من الوقت الذي يتم فيه للدائنون تقدماتهم ولو استمروا
يقدمون تقدمات أخرى .

٢ - وإذا حذر سند بحق من هذه الحقوق فلا يمتنع سماع الدعوى
به إلا بانقضاء خمس عشرة سنة .

والمادة تقابل المادة ٣٧٩ من القانون المدني المصري الحالي . وهي
تطابق المادة ٤٤٣ من القانون المدني الكويتي .

وفي بدء سريان المدة أيضاً نصت المادة ٣٧٠ على ما يأتي :

١ - تبدأ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، فيما لم يرد فيه نص
خاص ، من اليوم الذي يصبح فيه للدين مستحق الأداء .

٢ - فبالنسبة إلى دين معلق على شرط ولقف تبدأ المدة من الوقت الذي
يثبت فيه الاستحقاق .

٣ - وإذا كان تعيين ميعاد الوفاء متوقفاً على إرادة الدائن ، تبدأ المدة من
الوقت الذي يتمكن فيه الدائن من إعلان إرادته .

وهذه المادة تقابل المادة ٣٨١ من القانون المدني المصري الحالي .
ولكنها تطابق المادة ٤٤٥ من القانون المدني الكويتي .

خامساً - وفي كيفية حساب المدة المقررة لمنع سماع الدعوى :

نصت المادة ٣٧١ من المشروع على أنه : « تحسب لمدة التي تمنع من
سماع الدعوى بالأيام ، ولا يحسب اليوم الأول منها ، وتكمل بانقضاء
يوم آخر منها » .

- وهذه المادة تقابل المادة ٣٨٠ من القانون المدني المصري الحالي .
- وهي تطابق المادة ٤٤٤ من القانون المدني الكويتي .

وفي هذا الإطار استحدث المشروع المادة ٣٧٢ ويجري نصها على النحو التالي :

- لا تسمع الدعوى اذا تركها السلف مدة ، ثم تركها الخلف من بعده
- مدة اخرى ، اذا بلغ مجموع المادتين الحد المقرر لعدم سماعها ، .

ومؤدى للحكم المستحدث بها ، انه في حساب المدة المانعة من سماع الدعوى تضم المدة التي ترك للسلف الدعوى خلالها الى المدة التي ترك الخلف الدعوى خلالها ايضا ، بحيث لا تسمع الدعوى اذا بلغ مجموع المادتين مدة المدة المانعة من سماعها .

« مفسر - وعن وقف سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى :

نصت المادة ٣٧٣ من المشروع على ما يأتى : « تنقذ المدة المقررة لعدم سماع الدعوى كلما وجد عذر شرعى يتعذر معه على الدائن ان يطلب حقه . ولو كان هذا العذر من قبيل المانع الادبى الذى يحول دون المطالبة بانحسار ، وكذلك تنقذ المدة فيما بين الاصيل والنائب » .

- وهذه المادة تقابل المادة ٣٨٢ من القانون المدني المصري الحالي ،
- وهي تطابق ايضا للفترة الاولى من المادة ٤٤٦ من القانون المدني الكويتي .

سابعاً - وعن تقطع سريان المدة المقررة لمنع سماع الدعوى :

نصت المادة ٣٧٤ من المشروع على انه « تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة للقضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة ، وبالتنبيه ، وبالحجز ، وبالطلب الذى يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس او في توزيع وياى عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى » .

- والمادة تقابل المادة ٣٨٣ من القانون المدني المصري الحالي . وهي
- تطابق المادة ٤٤٨ من القانون المدني الكويتي .

وفي بيان أسباب الانقطاع ، إضافة الى ما جاء بالمادة سالفة الذكر ، نصت المادة ٣٧٥ من المشروع على ما يأتي :

١ - تنقطع المدة المقررة لمقدم سماع الدعوى اذا اقر المدعى بحسب اذائن لقرارا صريحا أو ضمنيا .

٢ - ويعتبر اقرارا ضمنيا أن يترك المدعى تحت يد الدائن مالا له مرمونا رهنا حيلازيا تامينا لوفاء الدين ، *

والمادة تقابل المادة ٢٨٤ من القانون المدني المصري الحالي . ومع ذلك يمكن القول بانها تطابقها لو اخذنا في الاعتبار استبدال عبارة « المدة المقررة لمقدم سماع الدعوى » الواردة في المادة المقترحة من المشروع بكلمة « التقادم » الواردة في النص الحالي المذكور .

وعلى أية حال ، فإن هذه المادة المقترحة من المشروع تطابق أيضا الفترة الأولى وجانبها من الفقرة الثانية للمادة ٤٤٩ من القانون المدني الكويتي .

وتناول المشروع آثار انقطاع مريان المدة في المادة ٣٧٦ ونصها كالآتي :

١ - اذا انقضت ^{سنة} المدة المقررة لمقدم سماع الدعوى بدأت مدة جديدة من وقت انتهاء الأثر المترتب على سبب الانقطاع ، وتكون المدة الجديدة مساوية للمدة الأولى .

٢ - على أنه اذا حكم بالدين وحاز الحكم قوة الأمر المقضي ، او انقضت المدة باقرار المدعى ، كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة . *

وهذه المادة تقابل المادة ٣٧٦ من القانون المدني المصري الحالي ، مع ملاحظة اختلافها بين عدم سماع الدعوى والتقادم . كذلك يلاحظ أن حكم المشروع يقرر أن المدة الجديدة تكون خمس عشرة سنة ولو كانت المدة الأولى أقصر من ذلك في حالة انقطاع المدة باقرار المدعى دون تفرقه بين دين وآخر . أما النص الحالي فيقتصر الحكم على الديون التي تتقادم بسنة واحدة .

والمادة المقترحة من المشروع تقابل أيضا المادة ٤٥٠ من القانون المدني الكويتي .

ثانيًا - وعن مدى الذي لا تسمع معه الدعوى :

نصت المادة ٣٧٨ من المشروع على أنه « إذا لم تسمع الدعوى بالحق ، فلا تسمع بتولبعه ، ولو لم تكتمل مدة - لعدم سماعها بهذه التولبع ، » .

وهذه المادة تقابل الفقرة الثانية من المادة ٣٨٦ من القانون المدني المصري الحالي . الا انها تطابق المادة ٤٥١ من القانون المدني الكويتي .

ثالثًا - وعن مدى تعلق عدم سماع الدعوى بالنظام العام :

نصت المادة ٣٧٩ من المشروع على ما يأتي :

« ١ - لا يجوز للمحكمة ان تقضى من تلقاء نفسها بعدم سماع الدعوى ، بل يجب ان يكون ذلك بناء على طلب المدعى او بناء على طلب دائئه او أى شخص آخر له مصلحة فيه ولو لم يتمسك به المدعى . »

وهذه المادة تطابق المادة ٢٨٧ من القانون المدني الحالي لو أخذنا في الاعتبار استبدال عبارة « عدم سماع الدعوى » الواردة بنص المشروع بكلمة « التقادم » الواردة في النص الحالي . والمادة المقترحة من المشروع تطابق المادة ٤٥٢ من القانون المدني الكويتي .

المبحث الرابع

طرق انقضاء الالتزام دون وفاة في الفقه الاسلامي

٤٠٩ - تقسيم :

ينقضى الالتزام - دون وفاة - في الفقه الاسلامي بالابراء واستحالة التنفيذ (١٢) .

اما عن مرور الزمن ، فانه لا يعد - كما اسلفنا - طريقا لانقضاء الالتزام في الفقه الاسلامي . بل ان مرور الزمن يعد مانعا من سماع الدعوى بالحق . وهي الاحكام التي اخذ بها التقنيون المدني الكيوتي ومشروع القانون المدني الجديد في مصر . ومن ثمة فالفقه يقتصر هنا على بيان احكام مرور الزمن وقوعها عليها من مصادرها الاصلية في الفقه الاسلامي .

ونبحث الابراء واحكام مرور الزمن في مطلبين :

(١٢) وعن استحالة للتنفيذ : فان عدم إمكان التنفيذ لهلاك المقود عليه لو تمكن الحصول عليه ، انما يؤدي الى انقضاء الالتزام .

ولرجع : لحد إبراهيم بك ، الالتزامات في الفقه الاسلامي ، رقم (٢) ، ص ٢٢٦ .

ولرجع في استحالة للتنفيذ أيضا : صبحي مصطفي ، النظرية العامة للموجبات والمقود في التشريعات الاسلامية ، مشار اليه من قبل ، ج ٢ ، ص ٤٩٧ وما بعدها .

المطلب الأول

الإبراء في الفقه الإسلامي

٤١٠ - تعريف الإبراء وأنواعه :

ذكرت المادة ٢٢٢ من مرشد الحيران أن الإبراء على شرعين إبراء إسقاط وإبراء استيفاء وإبراء الإسقاط هو أن يبصرى الغريم مدينونه من كل الدين ويسقطه عنه أو يحط ببعضه عن ذمته . أما إبراء الاستيفاء فهو عبارة عن لقرار الدائن باستيفاء دينه الذي كان له في ذمة مدينه .

والإبراء الذي يدخل في دراستنا باعتباره طريقا لانقضاء الالتزام هو إبراء الإسقاط^(١٢) . وقد عرفت إبراء الإسقاط . أيضا ، المادة ١٥٣٦ من مجلة الأحكام المحلية إذ قالت : « إبراء الإسقاط هو أن يبصرى واحد الآخر بإسقاط كل حقه قبل ذلك الآخر أو يحط ببعضه وهو الإبراء المبحوث عنه في كتاب الصلح »^(١٣) .

ويمكننا التعرف على الإبراء عند الخبائلة من خلال نصوص مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ابن حنبل . إذ جاء بها أن « الإبراء من الدين يصح بلفظه وما يؤدي معناه » غلو قال إسقطته أو تركته أو تصدقت به أو انت في حل منه صح وبصرى الدين منه ، (م . ١٦٥٥) . وجاء بها أيضا

(١٢) راجع . في الإبراء : موسوعة الفقه الإسلامي ، المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، القاهرة ، الجزء الأول ص ١٧٩ - ١٩٢ .

(١٤) ويقول ابن جزى المالكي في الصلح ، والصلح على نوعين : لنوع الأول إسقاط وإبراء وهو مطلقا ، راجع لقولتين لفتحية . مشار إليه من قبل ، ص ٣٦٦ .

وراجع في الإبراء عند الشلفية : الاتجاه والنظائر للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٤٦٢ ، وجاء في الاتجاه والنظائر للسيوطي أيضا (ص ٤٦٠) « أن للصلح اتساعا خاصا : أن يكون إبراء بأن يصلح من كدين على محضه ، وجوز الملكية حبة الدين . راجع لقولتين لفتحية لابن جزى ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٦٨ . لا يبيز للشلفية حبة الدين . راجع الاتجاه والنظائر للسيوطي ، مشار إليه من قبل ، ص ٣٣١ .

« يصح الإبراء من الدين حالا كان أو مؤجلا لكن لا يصح الإبراء من الدين قبل وجوبه » (م. ١٦٥٦) . وجاء أيضا بهذه المجلة أن الإبراء إسقاط . فمتى أبرأه من دينه برئت ذمة الدين (م. ١٦٥٧) (١٥) .

ولذا كان الإبراء في الفقه الإسلامي ينقسم عامة إلى إبراء إسقاط وإبراء استيفاء، فإن إبراء الإسقاط - وهو موضع اعترافنا - يمكن أن يكون مقيدا « فإذا أبرأ الدائن مدينونه عن بعض الدين أبرأ معيدا بإداء الباقي منه في وقت معين وصرح بأنه إن لم يؤده في ذلك الوقت يقيم عليه الدين بحاله وغمسل المدينون ذلك وادى الباقي في ذمته برى، وإن لم يؤده فلا يبرأ ويبقى الدين كله » (م. ٢٤٤٠ من مرشد الحيران) .

ومن ذلك أيضا « لو حط الدائن عن مدينونه بعض الدين على أن يجعل أداء الباقي له ولم يؤت للأداء وقتا وقبيل المدينون ذلك فإنه يبرأ من الدين ولا يعود عليه سواء أدى الباقي أو لم يؤده » (م. ٢٤٥٠ من مرشد الحيران) . ونذكرت المادة ٢٣٦ من مرشد الحيران ما يقابله وهو الإبراء العلم عن كافة الحقوق والدعاوى، فلو قال الطالب اطلوبة لا تحق لي عليك كان إبراء علما كقول لا حق لي قبله (١٦) .

وقد أجمعت كل ما تقدم لحدى المحاكم الشرعية المصرية بقولها « نقل في التتقيق عن المحقق الشرنبلاني أن البراءة لها عامة يبرأ فيها من الدين والعين فلا حق أو لا دعوى أو لا خصومة قبل فلان ، أو هو برى من حقى أو لا دعوى

(١٥) وجاء بمجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل بخصوص الإبراء على أنه حبة دين بضى الأحكام فبعد أن ذكرت المادة ٨٩٢ من هذه المجلة أنه « لا تصح حبة الدين لغف المدين » .

جاء في المادة ٨٩٤ منها « حبة الدين للمدين إبراء منه وليست حبة حقيقيه » .
ولرجع أيضا لدى الحنفية المادة ٨٤٧ من مجلة الأحكام العشوية ونصها كالآتي « إذا وهب أحد دينه للمدين أو أبرأ ذمته عن الدين ولم يرد المدين صح ذلك وسقط عنه الدين في الحال » .

(١٦) راجع التسميات والنظائر لابن نجيم الحنفى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٤٠٠/١٦٨٠ ، ص ٢٦٣ .

وقالت لحدى المحاكم الشرعية المصرية أن الإبراء العلم من الدعاوى يمنع من سماع الدعوى إلا بسبب حادث بعد البراءة . محكمة المقصورة الشرعية جلسة ١٩٢٠/٥/١ . - راجع أيضا : محكمة أجا للشرعية في ١٩٢٣/١٠/١٦ ، - راجع مع أحكام أخرى : مبادئ للتقضاء الشرعى في خمسين علما ، أحمد نصر الجندى ، مشار إليه من قبل ، ص ١٠ - ١١ .

عليه أو لا تعلق لى عليه أو لا استحق عليه شيئاً أو ليس لى معه امر شرعى أو إبراته من حقى . وإما خلاصة دين خالص كإبراته من دين كذا أو بدين عام كإبراته مما لى عليه غيراً عن كل دين دون العين وإما خلاصة بمعنى . وذكر العلامة ابن عابدين مثل ذلك وأن البراءة قسماً : براءة إسقاط تستقط للدين عن الذمة مثل استقطت وحططت ، براءة استيفاء مثل إبرائك براءة استيفاء ومى عبارة عن الإقرار بأنه يستوفى حقه وتقبضه (١٧) .

٤١١ - خصائص إبراء الإسقاط :

١ - الإبراء تبرع . ودليل ذلك عند الحنفية أنه يشترط لصحته أن يكون المبرى، أهلاً للتبرع (م . ٢٣٥ من مرشد للحران) . ودليل ذلك عند الحنابلة أيضاً ما جاءت به مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل من أنه لا يصح الإبراء من لا يصح تبرعه (م . ١١٥٨) .

٢ - يتم إبراء الإسقاط من الدائن دون مقبول الدين . فعند الحنفية لا يتوقف الإبراء على قبول الدين (م . ٢٣٩ من مرشد للحران) - (م . ١٥٦٨ من مجلة الأحكام العدلية) . وعند الحنابلة الإبراء إسقاط فلا يفتقر إلى القبول (م . ١٦٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل) . وعند الشافعية لا يشترط القبول في الإبراء على الأصح (١٨) .

(١٧) محكمة كفر للزيت للشرعية ، في ١٩/٣/١٩٤٠ ، مجلى القضاء الشرعى في خصمى علما . أحمد نصر الجندى ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٢ .

(١٨) الأشباه والنظائر للمصطفى ، مشار إليه من قبل ، ص ٢٤٤ .

لم يخالف في ذلك الا المالكية : راجع للجزء الثاني من الفروق للعالم شهاب الدين المنهاجى العراقي / دار المعرفة ، بيروت . ص ١٢٠ - ١٢١ .

ويقول ابن نجيم للحنفى : الإبراء لا يتوقف على القبول الا في الإبراء في بدل الصرف والمسلم كما جاء في البدائع ، الأشباه والنظائر المرقع السابق .

٤١٢ - صحة الإبراء :

يشترط لصحة الإبراء ما يلي :

١ - فباعتبار الإبراء من التبرعات ينبغي أن تتوفر أهلية التبرع لدى المبرئ، كما ذكرنا • فلا يصح إبراء الصغير أو المجنون • لذا يجب أن يكون المبرئ، عاقلاً أو مكلفاً رشيداً (١٩) •

كما لا يصح إبراء المريض مرض الموت • فالإبراء في مرض الموت المخوف يعتبر عند الحنابلة وصية تجرى فيه أحكامها (م • ١٦٦٢ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل) • وتند الحنفية لا يصح إبراء المريض في مرض موته وارثه من الدين الذي له عليه أو بعضه سواء كان على المريض دين أم لم يكن • (م • ٢٤١ من مرشد الحيران) • وعند الحنفية أيضاً إذا أبرأ المريض في مرض موته غير وارثه من الدين الذي له عليه يعتبر ذلك من ثلث تركته بعد وفاء بما يكون عليه من الدين وإن كانت للتركة مستغرقة بالدين فلا يعتبر ذلك الإبراء (م • ٢٤٢ من مرشد الحيران) •

٢ - يشترط لصحة الإبراء رضا رب الدين عند الحنفية خاصة • فإن أكره لكرهاً معتبراً على إبراء مدينه فلا تبرأ ذمته من الدين (م • ٢٤٠ من مرشد الحيران) (٢٠) •

٣ - يجب أن يكون المبرأ معلوماً ومعيناً • ونصت على ذلك المادة ١٥٦٧ من مجلة الأحكام العلية • فلو قال أبرأت جميع مديوني أو ليس لي

(١٩) راجع المادة ١٦٥٨ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل - المادة ٢٣٥ من مرشد الحيران - المادة ١٥٤٩ من مجلة الأحكام العلية ونصها كالآتي :
• لا يصح إبراء الصبي والمجنون والموتى مطلقاً •

(٢٠) راجع المادة (١٠٠٦) من مجلة الأحكام العلية •

عند أحد حق فلا يصح لإبراءه . . أما لو قال أبرأت أهالي المطة الفلانية
وكان أهالي تلك المطة معينين ومحدودين فيصح الإبراء (٢١) .

ولا يشترط في صحة الإبراء علم قدر الدين ولا صفته (م . ١٦٦٠ من
مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل) .

٤ - يجب في الإبراء ألا يكون معلقاً على شرط . فالإبراء تفيد - عند
الحنفية - معنى التملك فلا يصح تطبيقها بالشرط (م . ٢٤٣ من مرشد
الحران) (٢٢) .

وعند الحنابلة أيضاً لا يصح الإبراء المطلق على شرط لكن لو علقه على موته
كان وصية تجرى فيه أحكامها على ما ذكرنا (م . ١٦٥٩ من مجلة الأحكام
الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل) .

٤١٣ - آثار الإبراء :

يترتب على إبراء الأسقاط متى تم صحيحاً سقوط الدين فمن أبرأ شخصاً
من حق له عليه يصح الإبراء عنه سقط عن المبرأ ذلك الحق (م . ٢٣٤ من مرشد
الحران) . ونصت على ذلك أيضاً المادة ١٥٦٢ من مجلة الأحكام العدلية
بقولها : إذا أبرأ واحد آخر من حق مسقط ذلك الحق ولا يبقى له أن
يدعى به (٢٣) .

(٢١) راجع المادة ٢٣٧ من مرشد الحران ونصها كالآتي : « إذا تعد المبرؤون
يلزم تمييزهم تمييزاً كلياً » . ويقول ابن نجيم « ولو قال الدائن لمبرؤيه أبرأت لحدك
لم يصح » ذكره في فتح القدير من خيار العيب : الاستبراء والنظر ، ص ٦٤ ، وقالت إحدى
المحكمات الشرعية المصرية « إن الإبراء من مجهول صحيح بشرط أن يكون من شخص معين -
مالم أبرأ من المجهول صحيح قضاء وديانة بشرط أن يكون بـ شخص معين أو بمبيلة معينة
محصورة - فإبراء المجهول ولو من شيء معلوم لا يصح بخلاف إبراء المعلوم ولو من مجهول
فإنه صحيح كما في الخلاصة » . محكمة المظفرين الشرعية ، جلسة ١٩٤٩/١/١٩ ، مبادئ
القضاء الشرعي ، مشار إليه من قبل ، ص ١٤ .

(٢٢) يقول ابن نجيم الحنفى في الاستبراء والنظر : « الإبراء فيه معنى التملك بمعنى
الاستقاط » . المرجع السابق .

(٢٣) وذلك تطبيق لما جاءت به المادة ٥١ من مجلة الأحكام العدلية من أن الساقط
لا يمسود كما أن المضمون لا يمسود . ويقول ابن نجيم في الاستبراء والنظر : « الإبراء للعلم لا يمنع
لادعى بحق قضاء ، لا ديانة إن كل بيعت لم علم بماله بن الخلق لم يبرئه في شفعة للولد
الجبه لكن في خزانة الفتاوى . الفتوى على أنه يبرأ قضاء وديانة وإن لم يطم به » ص ٣٦٥ ،
« الذين يسقط بالإبراء » ص ٣١٧ .

وعند الحنابلة أيضا ، فإذا أمعنا النظر في المادتين ١٦٥٥ ، ١٦٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل كما عرضنا لهما من قبل ، وجدنا أن الإبراء لسقاط يوجب انتقضاء الدين وبرائة الدين منه .

لكن يلاحظ أن أثر الإبراء على النحو للسابق يفترض - عند الحنفية خاصة - أن الدين لم يرد . إذ الإبراء يرتد بالرد عند الأخلاف - فقد نصت المادة ٢٣٩ من مرشد الحيران على أن الإبراء يرتد برد الدين . وهو ما ذكرته أيضا المادة ١٥٦٨ من مجلة الأحكام للعلية (١٤) . والاصل أن رد الإبراء من الدين يكون قبل قبوله له . وبرائة الأصل توجب براءة الكفيل (م ٢٤٦ من مرشد الحيران) .

والخلاصة أنه يتضح لنا ، وهذه ملامح الإبراء في لفقه الاسلامي أن القانون المدني في الكويت ومصر قد سار بشأن الإبراء على النهج الاسلامي .

-
- (٢٤) قارن عدد الحنابلة : نص المادة ١٦٥٧ من مجلة الأحكام الشرعية « الإبراء لسقاط فلا يفتر إلى القبول ولا يحل بالرد » .
- ويقول ابن نجيم للحنفي : الإبراء يرتد بالرد إلا في مسائل .
- الأولى : إذا أبرأ المحتال المحتال عليه فرده لم يرتد .
- للثانية : إذا قال الدين أبرئني فإبراء فرده لا يرتد .
- لثالثة : إذا أبرأ الطالب الكفيل فرده لم يرتد .
- الرابعة : إذا قبله ثم رده كما ذكره للزيلعي في مسائل شتى من القضاء .
- الإشياء والنظائر ، المرجع السابق .

المطلب الثاني

احكام مرور الزمن فى الفقه الاسلامى

٤١٤ - مرور الزمن يمنع سماع الدعوء ولا يسقط الحق :

ان مرور الزمن (التقادم) لا يؤدى - فى الفقه الاسلامى - الى سقوط

الحق وإنما يكون مانعا من سماع الدعوى به • ويظهر ذلك بوضوح - وعلى وجه الخصوص - فى الفقه الحنفى • اذ نصت المادة ١٦٧٤ من مجلة الاحكام المدنية على ما يأتى : « لا يسقط الحق بتقادم الزمان » ، وقد اكد ذلك صاحب مرشد الحيران فى المادة ٢٥٦ بقوله : دعوى الدين ايا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعى خمس عشرة سنة (٢٠) •

ويبين من ذلك أن مرور الزمن فى هذا نلقه ليس تقادم يسقط الحق ولكنه - فى اصطلاح الفقهاء - عبارة عن منع سماع للدعوى بعد أن تركت مدة معلومة بدون عذر • وهذا المنع غير قىاسى لان للحق لا يسقط بتقادم الزمان بل استحسان ووجه منع التزوير والتحيل لان ترك الدعوى زمانا مع التمكن من قيامها يدل على عدم الحق ظاهرا حتى اذا انتفتت هذه العلة وجب سماع الدعوى مهما طاللت المدة • ومنع سماع للدعوى ليس مبنيا على بطلان الحق وإنما هو مجرد منع للقضاء عن سماع للدعوى مع بقاء الحق لصاحبه(٢١) •

(٢٥) راجع أيضا فى مرشد الحيران باب وضع اليد وعدم سماع الدعوى بمرور الزمان • المادة ١٥١ وما بعدها • راجع أيضا نص المادة ١٩٥ من مرشد الحيران وتنص بعدم سماع الدعوى بالدين على المدعى بعد مضي خمس عشرة سنة بلا عذر وإن لم يسقط الحق بمرور الزمان •

٥٠

(٢٦) راجع : سليم رستم باقر ، شرح الحجة ، ص ٩٨٢ •

رقد اوضحت ذلك لدى المحاكم الشرعية المصرية بقولها : ان النص للشرعى يقتضى بان الحق لا يسقط بتقادم الزمان وإن طاللت المدة وإن التقادم الى زمن معين يمنع من سماع الدعوى قطعا للحيل والتزوير لدلالة الحال على ذلك بالترك • مع طول المدة فلا تسمع للدعوى مع التقادم ، وهذا بناء على تخصيص القضاء وما يملكه والى الأمر من المنع من سماع للدعوى نصد المدة المقررة •

• كمة لىياط للشرعية فى ١٩٢٩/٢/٢٥ - مبادئ القضاء للشرعى فى خصصن علما •
أحمد نصر للجندى ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ١٣٦٨ - ١٩٧٨ ، دار الفكر العربى ،
مبدا (١) ص ٢٦٦ •

ويبدو أن الحنفية استندوا ، فيما ذهبوا اليه من أن مرور الزمن يمنع سماع الدعوى إلى الاستحسان على ما مر بنا ، وفوق ذلك فقد استندوا إلى قاعدة « القضاء يجوز تخصيصه بالزمان والمكان » . فقد جاء في الأشباه والنظائر لابن نجيم « القضاء يجوز تخصيصه وتقييده بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات كما في الخلاصة » . وعلى هذا لو أمر السلطان بعدم سماع سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة لا تسمع ، ويجب عليه عدم سماعها » (٢٧) وجاء في حاشية رد المحتار لابن عابدين أن « القضاء مظهر لا مثبت ويتخصص بزمان ومكان وخصوصة حتى لو أمر السلطان بعدم سماع الدعوى بعد خمس عشرة سنة فسمعا لم ينفذ » (٢٨) .

والظاهر أن للحنبالية نفس الاتجاه في أن مرور الزمن لا يسقط الحق وإنما يمنع سماع الدعوى به . فقد جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (م . ٢٠٥٩) أنه يصح للإمام نهى القاضي عن النظر في بعض المعاملات وسماع بعض الدعاوى والحكم في مسألة معينة ومثله لو قال : لا تقضى فيما مضى له عشر سنين ونحو ذلك . والمعنى الواضح لذلك أن مرور الزمن يمنع القاضي من سماع الدعوى . والمنع هنا من قبيل تخصيص القضاء بالزمان بأمر الإمام . فقد جاء بالمادة ٢٠٤٩ من مجلة الأحكام الشرعية

(٢٧) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٢٣٠ .

وجاءت القاعدة في المادة ١٨٠١ من مجلة الأحكام العرفية أيضا ونصها كالآتي :

« القضاء يتقيد ويتخصص بالزمان والمكان واستثناء بعض الخصومات فلاحكم المأمور بالحكم مدة سنة يحكم في تلك السنة فقط وليس له أن يحكم قبل حلولها أو بعد مرورها ، وكذلك للحكم المصوب للحكم في قضاء يحكم في جميع أطراف ذلك القضاء وليس له أن يحكم في قضاء آخر . وللحكم المصوب أن يحكم في محكمة معينة يحكم في تلك المحكمة فقط وليس له أن يحكم في محل آخر وذلك لو صدر أمر سلطاني بعدم سماع الدعوى المتعلقة بالشأن الفلاني للاطلاع عليه تتأق بالمصلحة العامة ليس للحاكم أن يستمع تلك الدعوى ويحكم بها ، أو كان الحاكم مائونا باستماع بعض الدعاوى العينة دون غيرها غله أن يسمع الدعاوى المائونا بها فقط وأن يحكم بها وليس له سماع ما عداها وللحكم به » .

وراجع أيضا : شرح سليم رستم بإز على النص السابق .

شرح المجلة ، ص ١٦٨ - ١٧٠ .

(٢٨) حاشية رد المحتار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار ، لابن عابدين .

منار إليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٤٦٩ .

(م ٢٧ - أحكام تكميلية)

المذكورة أن القضاء يقبل التخصيص بالزمان والكان (٢٩) . ومما تقدم يتضح أن ترك الدعوى بإلحاق المدة الطويلة مع التمكن وإنكار الخصم وعدم العذر للترعى مانع من سماع الدعوى . فمناط النهي عن سماع للدعوى إنكار الحق رافعا يقوم بالدعوى عذر يحول بينه وبين المطالبة بهذا الحق .

الفرع الأول

المدة المانعة من سماع الدعوى وبدء سرياتها

٤١٥ - المدة :

تحددت المدة المانعة من سماع الدعوى في الفقه الاسلامي بخمس عشرة سنة وأحيانا بست وثلاثين سنة على النحو التالي (٣٠) :

(٢٩) ونص المادة ٢٠٤٩ كالاتي : القضاء يقبل التخصيص بالزمان والكان ولو ولاه

الامام عموم النظر في عموم العمل جاز ، وكان له أن ينفذ في كلفة وظللك للقضاء في مسائل البلاد .

وإذا ولاه القضاء سنة كذا لم يصح حكمه قبل حلولها ولا بعد مرورها . ولو ولاه قضاء لمدة أو مطلق لم ينفذ حكمه الا فيها ليس له أن يسمح بينة الا فيها .

ونصت المادة ٢٠٥٠ على ما يأتي : القضاء يقبل التخصيص ببعض أنواع المعاملات . او بقدر من المال لا يتجاوز

ومن تطبيقات ذلك في المملكة العربية السعودية في نطاق الملك ما تضمنته تعيين سملة رئيس القضاء رقم ٨١٦ وتاريخ ١٣٨١/٨/٢٠ وفوضوه . اذا ادعى شخص علم آخر في دار ونحوها والى عليه حائز للدعى به مدة طويلة ويتصرف فيه تصرفا مطلقا ولم

- يمارضه في ذلك الدعى مع حضوره ومشاعته فإن مثل هذه الدعوى لا تسع . منشور بمجموعة الأنظمة واللائح والتطبيقات التي تصدرها وزارة العدل ، فهرس أهم تصاميم سملة رئيس القضاء الموجودة بإدارة الوثائق والأبحاث ، ص ١٤٩ . راجع أيضا وبفحص المصدر ص ١٢٩ تصميم سملة رئيس القضاء رقم ٩٣٨ وتاريخ ١٣٨٠/٩/٢٢ ويتضمن نفس النص .

(٣٠) وجاء في شرح مجلة الأحكام المطبوعة في هذا الخصوص : ثم اعلم أن القضاء قد اختلفوا في تعيين المدة التي لا تسمح بعدها للدعوى فبعضهم ستة وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثا وثلاثين سنة وبعضهم ثلاثين فقط راجع سليم رستم باز ، شرح المجلة ، ص ٩٨٢ .

حدد الحنفية المدة التي لا تسمع للدعوى بعد مضيتها بخمس عشرة سنة (٣١) . ففي المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران نجد أن دعوى اللعين أيا كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة . كذلك تقضي المادة ١٥١ من مرشد الحيران بأن وضح اليد على عقار أو غيره وكان متصرفا فيه تصرف المالك بلا منازع ولا معارض لمدة خمس عشرة سنة لا تسمع عليه دعوى الملك بغير الارث من أحد ليس بذى عذر شرعي ان كان منكرا .

وكما هو وضح فإن المدة المانعة من سماع الدعوى هي - في الفقه الحنفي - خمس عشرة سنة دونها تفرقة بين العين والدين أي بين الحق الشخصي والعيني . وهو ما اكفته مجلة الأحكام المحلية في المادة ١٦٦٠ (٣٢) .

وما ينبغي أن يلاحظ ، أنه إذا كانت المدة المانعة من سماع الدعوى هي خمس عشرة سنة دونها تفرقة بين العين والدين ، فإن في نصوص الفقه الاسلامي - الحنفي خاصة - ما يفيد بأن المدة تكون غير ذلك بالنسبة للوقف والارث (٣٣) .

فحين كان وضعا يده على عقار متصرفا فيه تصرف المالك بلا منازع مدة ثلاث وثلاثين سنة فلا تسمع عليه بعدها دعوى الارث ولا دعوى أصل الوقف الا لعذر شرعي (م ١٥٢ من مرشد الحيران) .

(٣١) الاشباه والنظائر لابن نجيم ، الوقف السابق .

(٣٢) ونص المادة ١٦٦٠ كالاتي : لا تسمع دعوى الدين والوصية والعقار المملوك والميراث وما لا يمسود من الدعاوى الى العامة ولا الى أصل الوقف في العقار الموقوفة كدعوى المظالم أو التصرف بالأجارتين وللتولية المشروطة والخلة بعد أن تركت خمس عشرة سنة .

(٣٣) في هذا المعنى : المادة ٢٧٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية في مصر ونصها كالاتي : للقضاء ممنوعون من سماع الدعاوى التي مضى عليها ١٥ سنة مع تمكن الدعي من دفعها وعدم العذر الشرعي في عدم لقبها الا في الارث والوقف ، فانه لا يمنع من سماعها الا بعد ٢٢ سنة مع للتمكن وعدم العذر الشرعي له وهذا كله مع الابتكار للحق في تلك المدة .

ولرجع ايضا من التطبيقات في المملكة العربية السعودية تعميم معالي وزير العدل حول تحديد المدة التي تستط في نهائها مطالبة الخزينة العامة متى تأخر صاحب الحق عن قبضه وتقدر تلك ثلاث سنوات فلكثر اذا كان التأخر بدو . عذر . التصميم رقم ١٣٦٢/١١/٢٢ راجع مجموعة الأنظمة واللوائح والتطبيقات التي تصدرها وزارة العدل ، نهرس أهم للتعليم الصادر - بتوقيع معالي الوزير الموجودة بإدارة الوثائق والبحوث ، ص ٢٧ .

وجاء بمجلة الأحكام العلية في هذا المصداق أن الدعاوى المتعلقة في أصل الوقت ودعاوى الحقوق العينية في عقار المرتبة لا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة . ومثال الأولى دعوى المرتبة من الدفء إذا تعلقت بأصله ومثال الثانية دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك (٢٢) . ليس عذا فحسب بل نجد أيضا للفقه الحنفى قد جعل المدة المانعة من سماع الدعوى عشرين سنة ، وذلك بالنسبة لدعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الأراضي الأميرية (٢٣) .

٤١٦ - ٢ - سريان المدة :

يبدأ سريان المدة المانعة من سماع الدعوى وعلى حد قول المادة ١٦٦٧ من مجلة الأحكام العلية - من تاريخ ثبوت انحق للمدعى بإقامة الدعوى بالمدعى به (٢٤) . وعلى ذلك « يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع دعوى الدين المؤجل من تاريخ حلول الاجل لا من تاريخ عقد الدين » (م . ٢٥٨ من مرشد المحرران) .

واضح من ذلك أن مرور الزمان في دعوى دين مؤجل « لنما يبتدىء من حلول الاجل لأنه قبل حلوله لا يملك المدعى الدعوى والمطالبة بذلك الدين . مثلا لو ادعى واحد على آخر فقال لي عليك كذا درهم من ثمن الشيء أنفلائي الذي بعته منك قبل خمس عشرة سنة مؤجلا ثمنه بثلاث سنين تسمع دعواه لأنه يكون قد مر اعتبارا من حلول الاجل لثنتا عشرة سنة لا غير » (م . ١٦٦٧ من مجلة الأحكام العلية) .

(٢٤) راجع مص المادتين ١٦٦١ ، ١٦٦٢ من مجلة الأحكام العلية .

(٢٥) وهذا ما نصت عليه المادة ١٦٦٢ من مجلة الأحكام العلية في آخرها . ونص المادة ١٦٦١ كالآتي « تسمع دعوى القولي والمرتبة المتعلقة بأصل الوقت إلى ست وثلاثين سنة . ولا تسمع بعد مرور ست وثلاثين سنة مثلا إذا تصرف واحد في عقار تصرف ملك ستا وثلاثين سنة ثم ادعى متولى وقف أنه من مستغلات وقفى فلا تسمع دعواه . ونص المادة ١٦٦٢ من مجلة الأحكام العلية كما يأتي .

« إذا كانت دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في عقار الملك فلا تسمع بعد مرور خمس عشرة سنة وإن كانت في عقار الوقف فلتمتوى أن يدعيها إلى ست وثلاثين سنة ولا تسمع دعوى الطريق الخاص والمسيل وحق الشرب في الأراضي الأميرية بعد أن تركت عشر سنين كما لا تسمع دعوى الأراضي الأميرية بعد مرور عشر سنين » .

(٢٦) راجع ، سليم ومستم باقر ، شرح المجلة ، ص ٩٨٦ . مع ملاحظة أن السنة القمرية تبني عليها السنة الهجرية .

وأيضاً يعتبر ابتداء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، في دعوى المهر المؤجل من وقت الطلاق أو من تاريخ موت أحد الزوجين ، (م ٢٥٨٠ من مرشد الحيران) . وعلة ذلك - كما جاء في نهاية المادة ١٦٦٧ من مجلة الأحكام العدلية - أن المهر المؤجل لا يصير معجلاً إلا بالطلاق أو الوفاة .

وعن التقويم الذي به المدة في سريانها على الوجه المتقدم لذلك فقد تابحت فيه جمعية مجلة الأحكام العدلية وقررت ، أنه إذا كانت المسألة منطقة بدعوى ذكر فيها نلشهر أو السنة على الإطلاق دون تقييد بقبيل كالقمرى أو الرومى فيصرف إلى القمرى وفقاً للعرف للشرعى . . . غير أنه في المعاملات المتباعدة والمحدودة بزمن كالاجارة وتأجيل الدين إذا اتفق الماعدان على ذكر أى تاريخ أرادا مما ذكر فيعتبر اتفاقهما ، (٣٧) .

الفرع الثانى

وقف وانقطاع المدة المانعة من سماع الدعوى

٤١٧ - الاعذار الشرعية المؤثرة في سريان المدة :

من المسلم به في الفقه الإسلامى أن مرور الزمن، لا يحدث أثره بعدم سماع الدعوى إلا إذا كان بدون عذر . فمرور الزمن لا يكفى بذاته لعدم سماع الدعوى بالحق بل يجب - فوق ذلك - أن يكون مقروناً بانعدام العذر في ترك هذا الزمن يمر دون رفع الدعوى بالحق . فوجود العذر لا يمنع سماع الدعوى مهما كانت مدة التترك ، ويظهر ذلك بوضوح من المادة ١٦٦٣ من مجلة الأحكام العدلية ونصها كالآتى : **المعتبر في هذا الباب أى بلب مرور الزمان المانع لسماع الدعوى إنما هو مرور الزمان الواقع بلا عذر أما الزمان الذى مر لعذر شرعى فلا يعتبر بها** يعتبر بد، مرور الزمان من تاريخ زوال العذر وانقاعه ، (٣٨) .

(٣٧) ولانقضاء للشرعى المصرى واضح في ذلك كل الواضوح . فقد قضى بأن المعتبر شرعاً أن تقضى خمس عشرة سنة مجرية سواء كان بعض شهورها ككل الأيلام أم نلخصها لأن الذى يحضرب عدد السنين بخمس عشرة سنة لا احتساب مجموع أيام الخمس عشرة سنة - ملوى للشرعية ، ١٩٤٣/١٠/٣٠ مبادئ القضاء الشرعى في خصين علما . اصد نصر الجندى ، مشار إليه من قبل ، مجدا (٢) ، ص ٣١٦ .

(٣٨) راجع أيضاً في ضرورة انعدام العذر حتى ينتج مرور الزمن اثره بعدم سماع الدعوى - المواد التالية من مرشد الحيران : ١٥١ - ١٥٢ - ١٥٦ - ٢٥٦ - ٢٥٧ - ٢٥٩ - ٣١١ .

ونخلص من هذا النص الى ان وجود العذر لترك الدعوى بالحق انما يحول دون تحقق الاثر المرجو لمرور الزمن ويتمثل في منع سماع الدعوى .
 والمقصود بالعذر تلك الحاجة التي تجعل للشخص غير قادر على المطالبة بحقه (٣١) . وعدم تحقق هذا الاثر انما يرجع لصلا وحسبما يبين من النص -
 نلى عدم اعتبار مرور الزمن مع وجود العذر وقيامه . ليس هذا فحسب ، بل ان
 النص قد صور عدم تحقق الاثر المرجو لوجود العذر بعدم اعتبار مرور الزمن
 وكما سنرى - فان عدم اعتبار مرور الزمن لوجود العذر لنما يتخذ صورة من
 انتفذين . الاوئى ، ويوقف العذر فيها سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى .
 وهذا العذر يكون واحدا من بين : الغياب ، وبصمه خاصة غياب من له الادعاء
 بالحق وانعدام الاهلية وكون خصم المدعى من انتفلية . اما الثانية ، فيقطع
 العذر فيها المدة المقررة لعدم سماع الدعوى وهذا العذر يكون واحدا من بين
 اقرار المدعى عليه بالحق والمطالبة للقضائية .

ويلاحظ ان القضاء الشرعى في مصر واضح في احكامه بشأن التركيز
 على ان الاعذار الشرعية قد وردت على سبيل المثال لا الحصر . ولما امدار
 فيها - اى الاعذار - ان تكون مشروعه ومانعه للمدعى من رفع الدعوى ،
 وتركوا - اى الفقهاء - الامر في تقدير قوتها ، وكونها مانعه لفظية للقاضى .
 وقد مثلوا لها على ذكرنا بغية الادعى عليه او المدعى او فقرهما وكذا جنون
 المدعى او خشية سلطان المدعى عليه وكونه ذا شوكة يخشى باسه لضلفة
 الى اعسار الدين (٣٢) .

ونتكمز أولا عن الاعذار التي توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع
 الدعوى ثم نعتقب ذلك بتناول ما يؤدى الى انقطاعها من اعذار .

٤١٨ - أولا - الاعذار التي توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى :

تتمثل هذه الاعذار كما ذكرنا في الغياب وكون خصم المدعى من
 انتفلية اضافة الى انعدام الاهلية . فاذا توفر عذر منها ترتب على ذلك وقف

(٣٩) محكمة طوى الشرعية في ١٩٤٧/٢/١٢ ، مبادئ القضاء الشرعى في خمسين
 علما ، احمد نصر الجندى ، مشار اليه من قبل ، المجلد الاول ، ميذا رقم ١ ص ٢٢٩ . وقد
 اطلق عليه له در الشرعى اعتمادا على ان المادة الموضوعية لقضاء المحكم للشرعية هي اشوال
 فقهاء الماذاب راجع ايضا حكم محكمة تلا للشرعية في ١٩٣٧/٤/٢٠ ، وقد ورد في المصدر
 السابق ، نفس الصفحة . ميذا رقم (٢) .

(٤٠) حكم محكمة طوى الشرعية في ١٩٤٧/٢/١٢ ، وقد سبق الاشارة اليه حكم محكمة
 تلا للشرعية في ١٩٣٧/٤/٢٠ وقد سبق الاشارة اليه .

المدة المقررة لعدم سماع الدعوى • ومدار الوقف بصفة عامة أن المدة تستأنف سريانها بعد زوال العذر للوقف ليضاف ما يكون منها بعد هذا الزوال إلى ما كان منها قبل وجود العذر • إلا أن هناك ملاحظة هامة نجد لزاماً علينا أن نبرزها قبل الخوض في غمار التفاصيل بخصوص الاعذار تلك لانها ملاحظة تتعلق بمفهوم وقف المدة • ذلك أن هذا المفهوم يفترض - على نحو ما عرضنا له منذ قليل - أن المدة المقررة لعدم سماع الدعوى قد بدأ سريانها ثم طرأ عذر من الاعذار الموقفة • لكننا نلاحظ بالنسبة لعذر الثاني ويتمثل في أن خصم المدعى بالحق من المتغلبة - وقد ذكره البعض ضمن الاعذار الموقفة^(١) - أن مفهوم وقف المدة بعيد عن التحقق إلى حد ما • إذ اللطة في كونه عذراً • كما سنرى - أن المدعى يخشى نفوذ وجود المدعى عليه وهو من المتغلبة • وعلة مثل هذه تقوم غالباً - وحسبنا نعتقد - منذ بدء سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى أي من تاريخ ثبوت الحق للمدعى بإقامة الدعوى بالمدعى به ومرجع ذلك أن صفة المدعى عليه بأنه من المتغلبة إنما تكون له قبل ثبوت الحق للمدعى بإقامة الدعوى بالحق المدعى به أي قبل بدء سريان المدة المانعة أو على الأقل تكون معاصرة له ولأن المدة لن نعد في السريان لقيام العذر قبل سريانها وبتأثيره • فإنه لا توجد مدة قبل العذر يقال بإضافتها إلى ما سيكون منها بعد زوال العذر • وبالتالي نرى أن مفهوم وقف المدة لا يتحقق بالنسبة لهذا العذر وإن العذر أقرب إلى اعتباره سبباً للانقطاع وليس الوقف^(٢) • إلا إذا تصورنا فرضاً تبدأ فيه المدة المقررة بعدم سماع الدعوى في السريان لأن المدعى عليه شخص عادي ليس من المتغلبة بعد مضي جزء منها وقبل اكتمالها - يصبح المدعى عليه من المتغلبة وأصحاب النفوذ • ونظراً لإمكان تصور هذا الفرض فإننا سوف نبقى على عرض العذر - محل ملاحظتنا - ضمن أسباب وقف المدة •

١ - الغياب :

من الاعذار التي توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى غياب المدعى بالحق • ونصت على ذلك المادة ٢٥٦ من موئيد الحيران

(٤١) راجع ، صبحى مصصاني ، المرجع السابق ، ص ٥٧٩ •

(٤٢) راجع في المعنى : محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ، دار الفكر العربي ، رقم ٨ ، ص ١٦٢ : ويرى فيما ذكرناه في الحق سبباً لتوقف سريان المدة سبباً لنقل سريانها •

وإنشأه ١٦٦٢ من مجلة الأحكام المحلية^(٢٠) . والغياب كمعذر يكون لمدة سفر هي ثلاثة أيام أي مسافة نهائي عشرة ساعة بالسفر المعتدل^(٢١) ، وذلك كما جاء، بالمادة ١٦٦٤ من مجلة الأحكام .

فإذا توفر عذر الغياب على هذا النحو ترتب على ذلك وقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى ، إلا أن الغياب - وهذا بدوي - يزول بحضور الغائب وهنا تستأنف هذه المدة سريانها مرة أخرى ويضاف - في لحساب المدة كلها - ما سيكون منها بعد زوال الغياب كمعذر أيها كان منها قبل وجوده . فإذا اكتملت المدة المقررة امتنع على القاضى سماع الدعوى . والفرض أن مدة التوقف حال قيام المعذر لا تدخل في حساب المدة وصولا إلى اكتمالها . وقد عبرت عن ذلك المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران إذ قالت ، دعوى الدين أيما كان سببه لا تسمع على منكر الدين بعد تركها من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة فإن تركها المدعي بعذر بان كان غائبا ٠٠٠٠ فإنها تسمع ما لم تمض هذه المدة بعد حضور الغائب من سفره ٠٠٠ » .

ويلاحظ أن الغياب باعتباره عذرا شرعيا - ومعياره مدة سفر هي ثلاثة أيام - يتطعل دوره في وقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى لو اجتمع المدعي بالمدعي عليه ولو مرة واحدة في بلدة يمكنه فيها إقامة الدعوى ولم يدع لدى القاضى . وفي تصوير هذا الفرض تقول المادة ١٦٦٥ من مجلة الأحكام المحلية ، ساكنًا ببلدتين بينهما مسافة سفر (أي سفر لمدة ثلاثة أيام كما سبق) اجتماعا في بلدة ولو مرة واحدة محالتهما ومع ذلك لم يدع أحدهما على الآخر شيئا ومضت على ذلك مدة مرور الزمن لا تسمع دعوى أحدهما على الآخر بتأخير سابق على تلك المدة ،^(٢٢) . فإذا

(٢٠) ومع وضوح نص مرشد الحيران والمجلة في أن الغياب يعتبر هو غياب المدعي بالحق ، إلا أن البعض قد اضلل بأن يعتبر أيضا غياب المدعي عليه . - راجع حكم محكمة طوى الشرعية وحكم محكمة تلا الشرعية - مشار إليهما من قبل . وراجع في ذلك أيضا : سليم رستم باقر ، شرح المجلة ، مشار إليه من قبل ، ص ٩٩٠ - راجع أيضا : صبحي محصاني ، المرجع السابق ، ص ٥٧٨ . ويقول أن الفتوى المتبعة تعتبر غيبة المدعي عليه أيضا إن الاعتذار الملزمة لحكم مرور الزمان . وورد في ذلك دليلًا من الجزء الثاني من الفتاوى الخيرية ، ص ٨٠ .

(٢١) وقد عبرت المادة ٢٥٦ من مرشد الحيران عن الغياب بقولها أن يكون المدعي بالحق « غائبا مسافة للقصر » .

(٢٢) راجع في توضيح هذا النص : سليم رستم باقر ، شرح المجلة - مشار إليه من قبل ، ص ٩٩١ .

تحقق ذلك لا تسمح الدعوى على الرغم من تحقق الغياب - ومعاره السفر
للعدة المذكورة - أنذى يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى
كعذر كان يفترض معه سماع القاضي للدعوى بوجوده .

٢ - خصم الدعوى من المتغلبة :

لا يعتبر مرور الزمان - على حد ما جاء بالمادة ١٦٦٢ من مجلة
الأحكام المحلية - إذا كان لرجل مع احد المتغلبة دعوى ولم يمكنه اقامتها
لامتداد زمن تغلب خصمه ولما يعتبر مرور الزمان، من تاريخ زوال التغلب .
ومعنى ذلك ، انه لو كان المدعى عليه من المتغلبة ، كما لو كان أميراً جازيراً
من أصحاب النفوذ^(٦٦) ، يخشى أندى جوروه وبطشه لو رشح للدعوى فانه
إذا تركها لهذا السبب فلا تأثير لمرور الزمن ولا عبرة به ، وتسمع دعواه
لو بعد خمس سنين . إلا ان مرور الزمن يؤثر في سماع الدعوى من الوقت
الذى يزول فيه تغلب المدعى عليه . ولا يغيب عن الذاكرة الملاحظة التى ذكرنا
من قبل بخصوص هذا العذر .

٣ - انعدام الأهلية :

تقضى المادة ١٦٦٢ من مجلة الأحكام العدلية بان الزمان الذى مر لعذر
شرعى كما لو كان المدعى صغيراً أو مجنوناً ومعتوها سواء كان له وصى أو
لم يكن فلا يعتبر بل يعتبر بد، مرور لزمان من تاريخ زوال العذر وانقضاؤه^(٦٧) .

(٦٦) ولجس في تفسير المتغلبة : سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من

قبيل ، الموقع السابق .

ومن تطبيقات ذلك ما قضت به المحاكم الشرعية في مصر من ان قيام الزوجية يمد
من الاعذار الشرعية التى يفترق معها عدم المطالبة بالحقوق ويكون قيامها مانعاً من سريان
المدة الممنوعة من سماع الادعاء بالحقوق شرعاً مع التمكن وانكار الحق . (تلا للشرعية
١٩٢٧/٤/٢٠) مشار اليه من قبل ، مجدا رقم ٥ ، ص ٢٢١ (اعذار شرعية) . مع ملاحظة انه
الاول ، مشار اليه من قبل ، وقد ورد في مبادئ القضاء الشرعى في خمسين علماً ، للجلد
سبق الإشارة لنفس الحكم وفى نفس المرجع ولكن فى موقع آخر من صفحاته . وتقول محكمة
ملوى للشرعية فى ١٩٤٧/٢/١٢ وقد سبق الإشارة اليه ان من الاعذار ان يكون من عليه
للحق ذا سلطان يخشى وأى سلطان اقوى من سلطان الزوج على زوجته . ان يأمرها بتطع
تجنباً لذلك وهذا الكراه منه بمقتضى سلطانه عليها وإلزامها بها على السكوت عن المطالبة .
(٤٧) قانون الحكم كما جاء بمؤيد للحوان وتضمنه نص المادة ٢٥٦ .

فان تركها المدعى (دعوى الدين) بعد بان كالم صبياً أو مجنوناً وليس له ولى
أو وصى مانعاً نسمع ، وولضح ان النص قد لشرط بالانصبة للصبي وكذا المجنون عدم
وجود الولي أو الوصى بخلاف نص مجلة الأحكام المحلية الذى عمم الامر وقال سواء كان
للصغير أو المعتوه أو المجنون وصى أو لم يكن .

والمعنى الواضح للنص ، انه اعتبر لعدم الاهلية لسبب بما جاء به عزرا
شرعيا بوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالحسب ، بحيث
لا تستأنف سرياتها الا بزواله . أى من الوصول الى حد البلوغ . والمدة
المقررة لعدم سماع الدعوى اذ تستأنف سرياتها مرة أخرى منذ الوصول الى
حد البلوغ فانها تضاف الى ما كان منها قبل العذر . فاذا تمت المدة انصره
كلفت مانما من سماع الدعوى .

والخلاصة ان الاعذار او الاسباب التي تروّف مرور الزمن المانع من
سماع للدعوى منها ما يتعلق بالدعى ومنها ما يتعلق بالدعى عليه . فلو توفر
عذر من الاعذار السابقة مع ترك الدعى دعواه بالحق ترتب على ذلك وقف
سريان المدة المقررة لنسح سماع للدعوى شرعا بحيث تسمع للدعوى ما دام
العذر قائما ولو مضت بالفعل المدة المقررة تلك . ولكن تستأنف المدة المقررة
لعدم سماع الدعوى في انسريان شرعا منذ زوال العذر . ويكون سريانها لما
يكمل المدة المقررة مضافا الى ما كان منها قبل تحقق العذر ولا يدخل في
حساب الفترة التي كان فيها للعذر قائما .

٤ - انقاس المدعى عليه :

ان افلاس المدين يعد عزرا يوقف سريان المدة المقررة لعدم سماع الدعوى
فلو ترك صاحب الحق دعواه به بسبب افلاس مدينه اذ لا يتأتى له اقامة
الدعوى ، وما دام المدين مفلسا ، تسمع دعواه ولو كان قد قضى على اعساره
المدة اخيرة لعدم سماع للدعوى كلها كما لو كانت خمس عشرة سنة ونصت
على ذلك المادة ١٦٦٨ من مجلة الاحكام العدلية اذ قلّت « لا يبتدىء مرور للزمان

في دعوى الدين على المفلس الا من تاريخ زوال الإفلاس » مثلا لو ادعى على
ولحد تمادى افلاسه عشر سنين ثم تحقق يساره بعد ذلك ان لى عليك من قبل
خمس عشرة سنة كذا وكذا ديننا من الجهة الفلانية ولما كنت مفلسا من ذلك
التاريخ الى الان لم اتمكن من للدعوى عليك . اما الان وقد صرت قادرا على اداء
الدين فانى ادعى عليك به تسمع دعواه » .

ومفاد ذلك كما ذكرت ان لفلاس المدين يوقف سريان المدة المقررة لعدم
سماع الدعوى بحيث اذا زال تستأنف المدة سريانها منذ الزوال لتضاف الى
ما كان منها قبل تحقق الإفلاس بسبب الوقف عاذا اكتملت لا تسمع الدعوى .
ولا يدخل في حساب المدة الفترة لاتي ظل فيها الإفلاس قائما . وعلى ذلك
تسمع للدعوى لو رفعت بعد يسار المدين وقبل اكتمال المدة المانعة من
سماع للدعوى كلها .

فإذا وقع الإقرار من المدعى عليه على النحو المتقدم ، أن كان إمام الحاكم ومضمونه بقاء الحق في ذمته للحال على الوجه الذي يدعيه المدعى ، ترتب على ذلك قتلح سريان أسدة المقرر عدم سماع الدعوى ولا يعتبر ما مر منها قبل ذلك وتسمع الدعوى * ويترتب ذلك بصفة خاصة إذا كان المدعى عليه قد ربط إقراره هذا بسند حاو خطه أو ختمه المرووب وهو ما نصت عليه أيضا المادة ١٦٧٤ من مجلة الأحكام العدلية في عجزها *

٢ - المطالبة القضائية :

يقض سريان أسدة المقرر عدم سماع الدعوى في تلفقه الاسلامى ،
 إضافة الى إقرار المدعى عليه ، بالمطالبة القضائية * وقد نصت عليه المطالبة القضائية كسبب لانقضاء انادة ١٦٦١ من مجلة الأحكام العدلية ونصها :
 كالآتي ، إذا ادعى واحد على آخر شيئا ، بحضور الحاكم في كل سنة مرة ولم يفصل دعواه ومز على هذا الوجه خمس عشرة سنة فلا يكون مضي المدة مانع من سماع الدعوى * ما الدعوى والمطالبة عند غير الحاكم فلا تدفع مرور الزمان ومن ثم لو ادعى واحد شيئا في غير مجلس الحاكم وطلب به وعلى هذا الوجه وجد مرور الزمان فلا تسمع دعواه *

ويتضح لنا من النص * أن المطالبة التي تقطع سريان المدة المقرر لعدم سماع الدعوى يجب أن تكون أمام القاضي ، هذا في نظام الاول * وفي نظام الثاني - وهذا بدى - فإنه من المتعين أن يتم قبل مضي المدة المقرر تلك * فإذا توافق ذلك انقطع سريان المدة وسمعت الدعوى ولا عبرة بما مضي من المدة قبل وجود سبب الانقطاع * وعلى ذلك فلو ادعى صاحب الحق وطلب به في غير مجلس القضاء أو كان في مجلس القضاء ولكن بعد اكتمال المدة المقرر لعدم سماع الدعوى ، ترتب على ذلك عدم سماع الدعوى *

وقد تضمنت هذه الأحكام المادة ٢٦٠ من مرشد الحيران وجاء بها :
 « انما تعتبر المطالبة في مجلس القضاء لا في غيره فان طالب الدائن غريمه في مجلس القضاء ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فانها تسمع بعدها - وإن

طالبه في غير مجلس القضاء مرارا فلا تعتبر مطالبته ولا تسمع دعواه بعد مضي
المدة المذكورة ، (٤٩) .

الفرع الثالث

آثار انقضاء المدة المقررة لعدم سماع الدعوى

٤٢٠ - قاعدة عامة واستثناء :

يترتب على مضي المدة المقررة لعدم سماع الدعوى واكتمالها عدم سماع
الدعوى بالحق دون سقوط الحق ذاته . وعلى ذلك يمكننا القول بأن مرور الزمن
في الفقه الاسلامي لا يسقط الحق ذاته وإنما يسقط وسيلة المطالبة به . ومن
هنا ، فإننا لا نتردد في القول بأن مرور الزمن في هذا الفقه - وبخلاف غالبية
التقنيات المدنية (٥٠) لا يعد طريقا لانقضاء الالتزام .

ولكن يلاحظ أن ثمة استثناء على الاثر المتقدم بخصوص عدم سقوط
الحق بمرور الزمن . والاستثناء على صعيد دعوى الدين بالنفقة لدى الاحناف
والمالكية . فعند المالكية ، جاء في قوانين الاحكام الشرعية لابن جزى (٥١) .
لا تستقر نفقة الابوين فيما مضى في الذمة بل تسقط بمرور الزمان بخلاف
نفقة الزوجة الا ان يفرضها القاضي فحينئذ تثبت ، . اما عند الاحناف (٥٢)
وفي بيان ما افترق فيه نفقة الزوجة والقريب جاء في الاشياء والنظائر لابن نجيم
« نفقتها لا تسقط بمضي الزمان بعد التقدير أو الاصطلاح بخلاف نفقته » .

(٤٩) وجاء في مرشد البحرين ايضا وفي باب رجع لليد وعدم سماع الدعوى بمرور
الزمان يؤكد ذلك . فقد نصت المادة ١٥٨ على ما يأتي « ولذا لدعى في اثناء المدة في
جلس القضاء على واضع اليد ولم تفصل الدعوى فلا مانع من سماعها ثانيا ولو بخصت
المدة المحدودة ما لم يمض بين الدعوى الاولى والثانية المدة المحدودة » .

ونصت المادة ١٥٩ ايضا على ما يأتي « المطالبة في اثناء المدة المحدودة في غير مجلس
القضاء لا تعتبر ولو تكررت مرارا » .

(٥٠) للتقنيات المدنية العربية التي لم تأخذ باحكام مرور الزمن عن الفقه الاسلامي
في المدنية هنا .

(٥١) قوانين الاحكام الفقهية ومسائل الفروع الفقهية لابن جزى المالكي . مشار اليه
من قبل ص ٢٤٧ .

(٥٢) الاشياء والنظائر لابن نجيم ، مشار اليه من قبل ص ٣٧٥ .

وجاء في الاشياء والنظائر في قواعد وفقه نروع الشافعية للمسيوطي . فيما افترض فيه
نفقة الزوجة والقريب : نفقتها لا تستقط بمرور الزمان بخلاف نفقة القريب . ص ٥٦٦ .

ويلاحظ انه الى جانب الاستثناء المتقدم على عدم سقوط الحق بمرور الزمان على صعيد دعوى الدين بخصوص دين النفقة ، فان هناك استثناءات أخرى على صعيد دعوى المالك . بخصوص عدم سماع للدعوى لمرور الزمن . فلا اعتبار لمرور الزمان - على حد قول المادة ١٦٧٥ من مجلة الاحكام العدلية - في دعاوى المحال التي يعود نفعها للعلماء كالطريق للعلم والنهر والرعى . مثلا لو ضبط واحد الرعى المختص بقرية وتصرف فيه خصمين سنة بلا نزاع ثم ادعاه اهل القرية تسمع دعواهم . وواضح ان دعوى المحال للعلماء لا تسقط بمرور الزمن استثناء على ما هو معروف في الفقه الاسلامي من ان مرور الزمن وان كان لا يسقط الحق فانه يسقط الدعوى به(*) .

٤٢١ - الذي لا يمتنع معه سماع الدعوى لمرور الزمان :

ان الاثر المترتب على مرور الزمان ويتمثل في عدم سماع الدعوى يكون في مواجهة المدعى بالحق وكذا ورثته . فكما لا تسمع دعوى الدين عن ترك المطالبة به من غير عذر شرعي خمس عشرة سنة فكذلك لا تسمع من ورثته بعد موته (م ٢٥٩ من مرشد الحيران) . وعلى هذا النحو ، فاذا ترك واحد دعواه بلا عذر وهر عليها الزمان على ما ذكر آنفا فكما لا تسمع تلك الدعوى في حياته لا تسمع ايضا من ورثته بعد مماته (م ١٦٦٩ من مجلة الاحكام العدلية) . وعلّة ذلك ان اللوارث قائم مقام المورث حقيقة وحكما . فما يمنع صحة دعوى المورث يمنع صحة دعوى اللوارث . ولكن هذا اذا ادعى اللوارث ذلك المالك بالارث عن مورثه ، أما لو ادعاه بسبب آخر فلا يكون ترك مورثه للدعوى . مانعا من سماع دعواه . لانه بهذه الصورة لا يدعى تلقى المالك من مورثه فلا يكون قائما مقامه (٥٤) .

ويتفرع عن هذا للتعميل وبحكم المتفق فرض آخر - غير السابق - نتصور فيه سريان اثر مرور الزمان في مواجهة الورثة . فما دلم اللوارث قائما مقام المورث في الحدود المذكورة ، كلنا شخصا واحدا حكما(٥٥) وعلى هذا ، فلو ترك

(٥٢) وفي تأويل هذا الاستثناء قال سليم رستم باز في شرح المجلة : لعل وجهة ان عدم سماع الدعوى لمرور الزمان مطبوعا اذا تركت دعوى بدون عذر كالغيبه والصر والجنون فتبقى مسموعة مهما طال العذر . والحال ان ترك الدعوى بدون عذر لا يتصور في دعاوى المحال المختصة لمنفع عامة لان للعلماء لا تخلو من الصغار والمجنونين والمثومين والخبث راجع . ص ٩٩٧ - ٩٩٨ .

(٥٤) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٩٩٤ .

(٥٥) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من قبل ، ص ٩٩٥ .

المورث الدعوى مدة وتركها المورث مدة أخرى ويبلغ مجموع الميتين حد مرور الزمان فلا تسمع تلك الدعوى^(٢٦) . ويحدث ذلك مثلا إذا ترك المورث الدعوى عشر سنوات وتركها المورث خمسة صار كأن المورث ترك للدعوى خمس عشرة سنة فلا تسمع دعواه بجمعها .

٤٢٢ - منع سماع الدعوى بين النسبية والاطلاق :

ان الاثر المترتب على مرور الزمان ، مائل في منع سماع الدعوى في حدود ما ذكرنا آنفا ، انما هو اثر يتراوح بين النسبية والاطلاق في مواجهة الحاكم أو السلطان يكون منع سماع الدعوى مطلقا أو نسبيا تبعا للمدة المقررة لعدم سماع هذه الدعوى . فاذا كانت المدة خمس عشرة سنة وضمت لمتنع على القاضي - دون الحاكم - سماعها . اذ المنع في نطاق هذه المدة هو منع من سماع الدعوى امام القاضي وليس الحاكم . وعلى ذلك فلو امر الحاكم ، ورغم مضي خمس عشرة سنة ، بسماع الدعوى ، فلنفسها تسمع . اما لو كانت المدة ثلاثين سنة ، فان الدعوى بالحق لا تسمع بعد مضيها ولا امر للحاكم بسماعها . وكما هو واضح فان منع سماع الدعوى في الحالة الاخيرة هو منع مطلق يقوم امام القاضي والحاكم . بيننا هو منع نسبي في الحالة الاولى يقوم امام القاضي دون الحاكم .

اما بالنسبة للثاني ، فانه يمتنع عليه سماع الدعوى لمرور المدة المقررة بعدم سماعها ، ايا كانت هذه المدة .

وفي تاصيل كل ذلك ، ذكر الاستاذ سليم رستم^(٢٧) ، ان مرور الزمان مبني على امرين . الاول حكم اجتهادي نص عليه الفقهاء (الاستحسان ووجهه منع التزوير) والثاني امر سلطاني يجب على القضاة اتباعه لانهم بمقتضاه معزولون عن سماع دعوى مضي عليها خمس عشرة سنة بدون عذر . والقاضي وكيل عن السلطان والوكيل يستفيد التصرف من موكله فاذا خصص له تخصص وإذا عمم تعمم كما نص عليه في الخيرة وغيرها . وقد فرقوا بين

(٢٦) المجلد ١٦٧٠ من مجلة الاحكام المطبوعة .

وقد نصت ٣٦١ من مرشد البحرين على فرض آخر على النحو التالي : اذا ترك بعض الورثة الادعى بين مورثهم خمس عشرة سنة من غير عذر وكان لياقي الورثة عذر بان كان قلصا فبلغ رشيدا تسمع دعواه على الدين بقدر حصته لا في تخصصه من الدين .

(٢٧) سليم رستم باز ، شرح المجلة ، مشار اليه من ٢٤١ ، ص ٩٨٣ - ٩٨٤ .

هذين الامرين بانه اذا مضى على سماع الدعوى خمس عشرة سنة فقط فامر السلطان بسماعها بعد هذه المدة تسمع ولو تركت بدون عذر . واما اذا مضى على الدعوى ثلاثون سنة بلا عذر فلا تسمع وإن أمر السلطان بسماعها (٥٨) . والفرق بينهما ظاهر . وهو أن منع سماع الدعوى بعد مضي خمس عشرة سنة مبني على الذمى السلطاني فمن نهى عن سماع الدعوى له أن يأمر بسماعها وأما عدم سماع الدعوى بعد ثلاثين سنة فهو مبني على منع الفتها. كما تقدم فليس للسلطان أن ينفقسه . فامر السلطان ينفذ اذا وافق الشرع والا فلا (٥٩) .

وخلاصة لكل ما تقدم يمكننا القول اذا ، انه ولئن كان اثر مرور الزمن بعدم سماع الدعوى انما يتراوح بين النسبية والاطلاق في مواجهة الحاكم والقاضي ، فان ذلك يتوقف على اساس المنع ومحته (٦٠) .

٤٢٣ - مقارنة بين التقادم في القانون ومرور الزمن في الفقه الاسلامي :

تجرى هذه المقارنة مع ملاحظة أن القانون المعنى الكويتي الجديد قد أخذ بأحكام مرور الزمن في الفقه الاسلامي . وبالتالي فانها مقارنة بين التقنينات المدنية التي اخذت بالتقادم من جهة واحكام مرور الزمن في الفقه الاسلامي من جهة اخرى وهي اساس القانون المدني الكويتي في هذا الشأن كما ذكرنا ونوجز المقارنة فيما يأتي :

١ - ان جوهر التقادم في القانون المعنى يختلف عنه في الفقه الاسلامي وخاصة من حيث الاثر فالتقادم يسقط الحق ذاته ولا يسقط الدعوى به فقط . بخلاف مرور الزمن في الفقه الاسلامي وهو لا يسقط للحق وانما يسقط للدعوى به بصفة عامة .

(٥٨) سليم رستم باز ، المرجع السابق ، نفس الموضع . ويبدو انه استند في ذلك لما جاء في هاشمية رد المختار لابن علقدين ، مشار اليه من قبل ، الجزء الخامس ، ص ٤٩٩ وما بعدها .

(٥٩) سليم رستم باز ، المرجع السابق ، نفس الموضع . وقد استند في ذلك الى ما جاء في الاستبصار والنظائر لابن نجيم : القاعدة للخصلة في تصرف الامام على الرعية . راجع الاشياء ، مشار اليه من قبل ، ص ١٢٤ - ١٢٥ .

(٦٠) في هذا المعنى ، صبحي محصاني ، المرجع السابق ، ص ٥٨١ .

٢ - من حيث المدة يتفق القانون في القاعدة العامة بتحديد مدة التقادم بخمس عشرة سنة مع ما هو مقرر في الفقه الاسلامي حيث تتحدد المدة في دعوى الدين - بصفة عامة - بخمس عشرة سنة ايضا .

٣ - من حيث بدء سريان المدة . يتفق لقانون مع الفقه الاسلامي .
اذ تبدأ المدة في السريان في القانون من اليوم الذي يصبح فيه الدين مستحق الاداء وتبدأ في الفقه الاسلامي من تاريخ ثبوت الحق للمدعي باقامة الدعوى بالمدعي به ، وهو تاريخ استحقاق الدين .

٤ - يتفق القانون ايضا مع الفقه الاسلامي في اسباب وقف انقطاع المدة . فالنقصان يقف في القانون او وجود مانع وكلمة المانع تستوعب الاعذار المؤقتة لمرور الزمن في الفقه الاسلامي وخلصه للغياب ولتعذر الإلمية وايضا كون المدعى عليه من المتطلبة حيث يمكن أن نعتبرهما مانعا ادبيا او معنويا .
كذلك يتفق القانون في اسباب لنقطاع التقادم بالمطالبة القضائية وقرار المدعى عليه مع اسباب لنقطاع مرور الزمن في الفقه الاسلامي .

قائمة المراجع
احكام الالتزام
د. طلبه ونبه خطب

الراجع

الراجع العربية :

اولا : في فقه الشريعة الاسلامية :

١ - قتيبا :

ابن القيم : اعلام الموقعين عن رب العالمين لشمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف بابن قيم الجوزية ، دار الجيل ، بيروت .

ابن تيمية : القواعد النورانية الفقهية لشيخ الاسلام ابن تيمية ، تحقيق محمد حميد الفقي دار المعرفة ، بيروت ، ١٣٨٩هـ - ١٩٧٩م .

ابن رجب : القواعد في لفقه الاسلامي للحافظ ابي الفرج عبد الرحمن ابن رجب الحنبلي دار المعرفة ، بيروت .

ابن رشد الحفيد : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، للإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد ، دار الفكر ، مكتبة الخانجي .

ابن جزى : قولنن الاحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية / محمد ابن أحمد بن جزى الغرناطي المالكي ، طبعة ١٩٧٩م ، دار الطم للملايين ، بيروت .

ابن حجر الهيتمي : تحفة المحتاج بشرح المنهاج للإمام العالم العلامة

الفهامة خاتمة المحققين شهاب الدين أحمد بن حجر الهيتمي الشافعي ، بهامش حواشي الملامتين للشيخ عبد الحميد الشرواني والشيخ أحمد بن قاسم العبادي . بيروت .

ابن حزم : المحلى ، لابي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، منشورات المكتب التجاري للطباعة والنشر ، بيروت .

ابن قدامة : المعنى ، للإمام العلامة موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد
ابن محمد بن قدامة على مختصر للخرق ، دار للكتاب العربى ، بيروت .
١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م .

ابن عابدين : حاشية رد المختار على الدر المختار : شرح تنوير الأبصار
وبلييه تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف . والحاشية لاختامه المحققين محمد أمين
الشهر بابل عابدين ، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م ، دار الفكر ،
بيروت ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م .

ابن عبد السلام : قواعد الاحكام في مصالح الانام للإمام المحدث للفتية
سلطان العلماء أبى محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام ، دار الكتب
العلمية ، بيروت .

ابن نجيم : الاشياء والنظائر . للشيخ زين العابدين بن ابراهيم
بن نجيم ، دار الكتب العلمية بيروت ، ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م .

ابن يوسف : غاية المنتهى في الجمع بين الاقناع والتمنى للشيخ مرعى
ابن يوسف الحنبلى ، الطبعة الثانية ، منشورات المؤسسة المسيحية بالرياض .

البهوتى : كشف القناع عن متن الاقناع لأشيخ العلامة ، فقيه الحنابلة
منصور بن يونس بن ادريس البهوتى ، مكتبة للنصر الحديثة ، الرياض .

السرخسى : المبسوط ، لشمس الدين المرخسى . الطبعة الثانية دار
المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .

السيوطى : الاشياء والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية للإمام
جلال الدين عبد الرحمن السيوطى ، الطبعة الأولى ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م ، دار
الكتب العلمية ، بيروت .

لشافعى : الام ، للإمام أبى عبد الله محمد بن ادريس الشافعى ، الجزء
المسابع ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية ، الطبعة الاولى ، ١٣٨١هـ - ١٩٦١م .

الشيرازى : المهذب ، لآبى اسحق ابراهيم بن على يوسف الفيروز آبادى
الشيرازى ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٧٩هـ - ١٩٥٩م .

لكاسانى : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، علاء الدين أبى بكر
ابن مسعود لكاسانى الحنفى ، الناشر زكريا يوسف ، مطبعة الام ، لقاهرة .

الكمال بنز الهمام : شرح فتح لأقدير المعاجز الفقير للشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود للسيولسي ثم المسكندي المعروف بابن الهمام ، دار احياء التراث العربي ، بيروت .

٢ - حديثا :

- احمد ابراهيم بك : الالتزامات في الشرع الاسلامي ، توزيع دار الانتصار ، القاهرة ، ١٩٤٤/٣٦٣ م .

- احمد على الخطيب : للحجر على الدين احق الغناء في للفقه الاسلامي والقانون المقارن القاهرة ، ١٣٨٤هـ - ١٩٦٤م .

- زكي الدين شعبان : نظرية للشروط المختزنة بالمقد في الشريعة والقانون ، للطبعة الاولى ، ١٩٦٨م .

- صبحي محصاني : النظرية للمامة للموجبات وللعقود في الشريعة الاسلامية ، الطبعة الثانية ، بيروت ، ١٩٧٢م . - فلسفة التشريع في الاسلام . الطبعة الرابعة ، دار العلم للملايين ، بيروت ، ١٩٧٥ .

- عبد الرزاق احمد السنهوري : مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، المجمع العلمي العربي الاسلامي منشورات محمد الدالية ، بيروت . ستة اجزاء .

- عبد الكريم زيدان : للكفالة والحالة في الفقه المقارن ، بغداد ، ١٩٧٥م .

- عبد الناصر للقطار : نظرية الاجل في الالتزام في الشريعة للاسلامية وقوانين الجلال العربية ، القاهرة ١٩٧٨م .

- علي للخفيف : مختصر احكام المعاملات الشرعية ، للطبعة الرابعة ، القاهرة ، ١٩٥٢م .

للتصرف الاتفرلدي والارادة المفردة ، معهد الدراسات العربية المالية ، القاهرة ، ١٩٦٤م .

- محمد ابو زهرة : الملكية ونظرية المقد في الشريعة الاسلامية ، دار الفكر العربي .

- محمد زكى عبد البر : كلمة في الحجر على الدين في الفقه الاسلامى ،
مجلة المحاماة للسنة ٣٦ ، العدد التاسع ، مايو سنة ١٩٥٦م .

- محمد سلام مذكور : بحث عن المقاصة في الفقه الاسلامى منشور
على جزاين في مجلة القانون والاقتصاد . السنة الثامنة والعشرون ، والسنة
القاسمة والعشرون .

- محمد مصطفى شلبى : الدخول في التعريف بالفقه الاسلامى وقواعد
الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٣٨٨هـ - ١٩٦٩م .

ثانيا - في القانون الحنى :

- انور سلطان : الموجز في النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، أحكام
الالتزام ، الاسكندرية ١٩٦٤/١٩٦٥ م .

- جميل الشرقاوى : دراسة في طبيعة الدعوى البولصية ، مجلة القانون
والاقتصاد ، السنة ٢٩ ، العدد الاول ، مارس ، ١٩٥٩م .

- عبد الرزاق احمد السنهورى : للوسيط في شرح القانون الحنى ،
الجزاين الثانى والثالث .

- عبد الفتاح عبد الباقي : مصادر الالتزام في قانون التجارة الكويتى ،
جامعة الكويت ، ١٩٧٦م .

- عبد المنعم البدرلى : النظرية العامة للالتزامات ، ج ٢ ، أحكام
الالتزام ، دار النهضة العربية ، بيروت ، ١٩٦٨م .

- عبد المنعم فرج لاصده : أحكام الالتزام ، القاهرة ، ١٩٥٥م .

- محمد ليبي شنب : - دروس في نظرية الالتزام ، أحكام الالتزام ،
١٩٧٥ م .

- كيفية استعمال الحق في الحبس، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية،
العدد الثمانى ، السنة للامشرة ، يوليو سنة ١٩٦٨م .

- مصطفى الجمال وجمال الدعوى ، اصول المعاملات ، مؤسسة
للثقافة للجامعية ، الاسكندرية .

ثالثاً - مجلات وكتب أخرى

— مجلة الاحكام المحلية .

— مجلة الاحكام الشرعية على مذهب الامام احمد بن حنبل : للشيخ احمد عبد الله القاري ، مطبوعات مؤسسة تهلته ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الاولى . ١٤٠١/١٩٨١م .

— مرشد الحيران الى معرفة لحوال الانسان ، مؤلفه محمد قدى باشا ، الطبعة الثالثة ، للطبعة الاميرية ، بمصر ، سنة ١٩٠٩م .

— مجلة للبحوث الاسلامية ، اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء ، هيئة كبار العلماء ، بالمملكة العربية السعودية .

— موسوعة الفقه الاسلامى ، المجلس الاعلى للشئون الاسلامية بالقاهرة .

— مبادئ القضاء الشرعى فى خمسين عاماً ، احمد نصر للجندى الطبعة الثانية ، ١٩٧٨ .

— مجلة للقانون والاقتصاد .

— مجلة للعلوم القانونية والاقتصادية .

— مجموعة الانظمة واللائح والتعليمات التى تصدرها وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية ، للطبعة الاولى ، ١٣٩٦ .

الراجع الفرنسية

- LEGUIN (Jacques) : " Clauses penal " , répertoire de droit civil,
Dalloz, 2e' dition, Mise A jour 1979, t II.
- BOUT (Roger) : " Obligation naturelle " répertoire de droit
civil, Dalloz, 2a e'dition. Mise A Jour 1979, t.
- CARBONNIER (J) : " Droit Civil ", t. 4, les obligation", Jaris,1956.
- DERRIDA (fernand) : " BETENTION" Répertoire de droit civil,
Dalloz, 2e e'dition Mise' A jour e979, t. VII.
- GAUDEMET : Théorie generale des obligations, Paris, 1937.
- LEBRUN : Cession de dette : Encycl. Juridiane, 1970.
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.) : "Droit Civil" t. 2, vol. 1,
"les obligations", Par's, 1962.
- MAZEAUD (H. L. J.) : "lecons de droit", civil, t. 2, 5 e'd,
Paris, 1973.
- RIEGE : ' Cession de creance Encycl Juridance, 2e e'dition,
t. 2.. 1970.
- " NOVATION, "Repertoire de droit civil mise a jour,
1979, t. v.
- SAVATIER (Ren'e) : " La theorie de doligation 3e ed.,
Paris, 1974.
- STARCK (Boris) :
- " Action oblique "
Répertoire de droit civil mise a jour, 1979, 2e ed, t. 1.
- " Action Paulienne " Répertoire de droit civil, mise
a Jour, 1979, 2e ed. t. 1.

الفهرس

الموضوع	الصفحة للبند
مقدمة	...
موضوعات الدراسة وخطة للبحث	...
السبب الأول : آثار الالتزام	...
الفصل الأول : التنفيذ للعيني	...
البحث الأول : الالتزام المعنى وتنفيذه جبريا	...
المطلب الأول : شروط تنفيذ الالتزام المعنى	...
تنفيذا عينيا جبريا	...
المطلب الثاني : التنفيذ للعيني في الفقه الاسلامي	...
المطلب الثالث : كيفية وقوع التنفيذ المعنى	...
الجبري	...
الفرع الأول : التنفيذ المعنى غير المباشر	...
الفرع الثاني : التنفيذ المعنى غير المباشر	...
أولا : الاكراه البسحقى (حبس	...
الحدين)	...
ثانيا : للعرامة للتهديدية	...
البحث الثاني : الالتزام الطبيعى	...
الالتزام الطبيعى في الفقه الاسلامي	...
الفصل الثاني : التنفيذ بمقابل او عن طريق التعويض	...
البحث الاول : حالات التنفيذ بمقابل او عن طريق	...
للتعويض	...
البحث الثاني : شروط التعويض	...
البحث الثالث : تقدير التعويض	...
المطلب الأول : التعويض للقضائي	...
المطلب الثاني : التعويض الاتفاقي	...

الموضوع	الصفحة للبند
(موقف الفقه الاسلامي من الشرط الجزائي)	٦٧ ٧٤
الفصل الثالث : وسائل ضمان التنفيذ	٧٦
حق لضمان العام ووسائل حمايته	٦٨ ٧٦
المبحث الاول : الدعوى غير المباشرة	٦٩ ٧٧
المطلب الاول : تعريف للدعوى غير المباشرة	٧٠ ٧٨
وشروط استصحابها	٧٠ ٧٨
المطلب الثاني : طبيعة الدعوى غير المباشرة	٧٥ ٨١
وآثارها	٧٥ ٨١
المطلب الثالث : للدعوى غير المباشرة في الفقه الاسلامي	٧٨ ٨٢
المبحث الثاني : للدعوى للبوصية او دعوى عدم نفاذ للتصرف	٧٩ ٨٥
المطلب الاول : تعريف للدعوى للبوصية	٧٩ ٨٥
وشروطها	٧٢ ٨٦
المطلب الثاني : نطاق للدعوى للبوصية	٨٥ ٩٠
وآثارها	٨٥ ٩٠
المطلب الثالث : تصور لفقه الاسلامي لدعوى عدم نفاذ للتصرف	٩٠ ٩٥
المبحث الثالث : الحق في الحبس	٩٣ ٩٩
المطلب الاول : تعريف للحق في الحبس وشروطه	٩٤ ١٠٠
المطلب الثاني : آثار للحق في الحبس	٩٩ ١٠٤
المطلب الثالث : لنقضاء الحق في الحبس	١٠٤ ١٠٨
المطلب الرابع : فكرة الحق في الحبس في الفقه الاسلامي	١٠٨ ١١٢
المبحث الرابع : دعوى للصورية	١١٢ ١١٧
المطلب الاول : ماهية للصورية	١١٢ ١١٨
المطلب الثاني : آثار للصورية	١١٥ ١١٩
المطلب الثالث : للصورية في الفقه الاسلامي	١١٦ ١٢١
المبحث الخامس : شهر الاعمال	١٢٠ ١٢٤

الموضوع	الصفحة البند
المطلب الأول : شهر الاعصار في القانون المدني	١٢٥ ١٢١
المطلب الثاني : للحجر على المدين المفس في	
الفقه الاسلامي	١٢٨ ١٣٠
الفرع الأول : تعريف المفس والحجر	١٢٩ ١٣١
الفرع الثاني : شروط للحجر	١٣١ ١٣٢
مقارنة بين الحجر في الفقه الاسلامي	
والاعصار المدني في القانون	١٣٨ ١٤٠ ...
الفرع الثالث : آثار الحجر	١٣٥ ١٣٦
الباب الثاني : توصف الالتزام	١٣٦ ١٤١
الفصل الأول : لشرط والأجل	١٤٠ ١٤٢
المبحث الأول : للشرط	١٤٠ ١٤٣
المطلب الأول : تعريف للشرط وأنواعه	١٤٠ ١٤٤ ...
المطلب الثاني : ما يجب توافره في للشرط	١٤٢ ١٤٧
المطلب الثاني : آثار للشرط	١٤٥ ١٥٤
الفرع الأول : آثار للشرط في فترة للتطبيق	١٤٦ ١٥٥
الفرع الثاني : آثار للشرط بعد انتهاء	
فترة للتطبيق	١٤٨ ١٥٧
الفرع الثالث : فكرة الأثر للرجعي للشرط	١٥٠ ١٦٠
المطلب الرابع : للشرط في الفقه الاسلامي	١٥٥ ١٦٣ ...
مقارنة بين للشرط في الفقه الاسلامي	
والقانون الوضعي	١٥٧ ١٦٥
المبحث الثاني : الأجل	١٥٩ ١٦٦
المطلب الأول : تعريف الأجل وأنواعه	١٦٠ ١٦٧ ...
المطلب الثاني : آثار الأجل	١٦٢ ١٧١
الفرع الأول : آثار الأجل قبل ان ينقضي	١٦٣ ١٧٢
الفرع الثاني : آثار الأجل بعد ان ينقضي	١٦٤ ١٧٥
أولا : اسباب انقضاء الأجل	١٦٤ ١٧٦
ثانيا : الآثار التي تترتب	
على انقضاء الأجل	١٦٧ ١٨٠ ...
المطلب الثالث : الأجل في الفقه الاسلامي	١٧٠ ١٨٤
مقارنة الأجل بين الفقه الاسلامي	

١٩٤	١٧٨	والفقهاء
١٩٥	١٧٩	الفصل الثاني : الالتزام البحلى والتخيري
١٩٦	١٨٠	المبحث الأول : الالتزام التخيري
٢٠٠	١٨٥	المبحث الثاني : الالتزام لبحلى
٢٠٣	١٨٧	المبحث الثالث : خيار التعيين فى الفقه الاسلامى
٢٠٥	١٩٠	الفصل الثالث : التضامن وعدم التقابلية للانقسام
٢٠٦	١٩١	المبحث الأول : فى التضامن
٢٠٧	١٩٢	المطلب الأول : التضامن الايجابى
٢١٤	١٩٧	المطلب الثانى : التضامن السلبى
٢٢٤	٢١٣	المطلب الثالث : التضامن فى الفقه الاسلامى
٢٣١	٢١٨	المبحث الثانى : عدم قابلية الالتزام للانقسام
٢٣٤	٢٢٠	الالتزام غير القابل للانقسام فى الفقه الاسلامى
٢٣٥	٢٢١	الباب الثالث : انتقال الالتزام
٢٣٦	٢٢٢	الفصل الأول : حوالة الحق
٢٣٧	٢٢٣	المبحث الأول : شروط حوالة الحق
٢٣٨	٢٢٣	المطلب الأول : شروط لامتداد حوالة الحق
٢٤٠	٢٢٥	المطلب الثانى : شروط نفاذ حوالة الحق
٢٤٥	٢٢٩	المبحث الثانى : آثار حوالة الحق
٢٤٦	٢٢٩	المطلب الأول : آثار حوالة الحق بين طرفيها
٢٥٠	٢٣٤	المطلب الثانى : آثار حوالة الحق بالنسبة للغير
٢٥٥	٢٤٢	المبحث الثالث : حوالة الحق فى الفقه الاسلامى
٢٥٩	٢٤٥	الفصل الثانى : حوالة الدين
٢٦١	٢٤٧	المبحث الأول : لامتداد حوالة الدين ونفاذها
٢٦٣	٢٤٩	المبحث الثانى : آثار حوالة الدين
٢٦٨	٢٥٥	المبحث الثالث : حوالة الدين فى الفقه الاسلامى
٢٦٩	٢٥٦	المطلب الأول : لامتداد حوالة الدين فى الفقه الاسلامى
٢٧١	٢٥٨	المطلب الثانى : شروط حوالة الدين فى الفقه الاسلامى
		المطلب الثالث : آثار حوالة الدين فى الفقه

٢٧٨	٢٦٣	الاسلامى
٢٨٥	٢٧٣	المبحث الرابع : انقضاء الالتزام
٢٨٧	٢٧٤	الفصل الأول : الوفاء
٢٨٨	٢٧٥	المبحث الأول : أطراف الوفاء
٢٩٢	٢٧٩	المبحث الثانى : موضوع الوفاء
٢٩٧	٢٨٤	المبحث الثالث : الوفاء بإرادة الموفى وحده
٣٠٤	٢٨٩	المبحث الرابع : ظروف الوفاء
٣٠٩	٢٩٥	المبحث الخامس : آثار الوفاء
٣١٠	٢٩٧	المطلب الأول : لطلول الاتفاقى
٣١٤	٣٠١	المطلب الثانى : لطلول للقانونى
٣١٥	٣٠٤	المطلب الثالث : آثار لطلول
٣١٩	٣١٧	المبحث السادس : الوفاء فى لفقه الاسلامى
٣٢٠	٣١٧	المطلب الأول : طرفا الوفاء
٣٢٢	٣٢١	المطلب الثانى : موضوع الوفاء
٣٢٥	٣٢٤	المطلب الثالث : ظروف الوفاء
٣٢٨	٣٢٩	الفصل الثانى : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
٣٢٩	٣٣٠	المبحث الأول : الوفاء بمقابل
٣٣٣	٣٣٦	المبحث الثانى : للتجديد
٣٤٢	٣٤٦	المبحث الثالث : الانابة فى الوفاء
٣٤٥	٣٥٠	المبحث الرابع : المقاصة
٣٤٧	٣٥١	المطلب الأول : المقاصة لقانونية
							المطلب الثانى : المقاصة للقضائية والمقاصة
٣٥١	٣٥٧	الاتفاقية
٣٥٤	٣٦١	المبحث الخامس : لتحاد للذمة
							المبحث السادس : انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء
٣٥٧	٣٦٤	فى لفقه الاسلامى
٣٥٨	٣٦٥	المطلب الأول : المقاصة فى لفقه الاسلامى
٣٦٣	٣٧٢	المطلب الثانى : الوفاء بمقابل فى لفقه الاسلامى
٣٦٥	٣٧٥	المطلب الثالث : لتحاد للذمة فى لفقه الاسلامى

المطلب الرابع : التجديد والانتابة فى الفقه الاسلامى	٣٧٩	٣٦٩
الفصل الثالث : انقضاء الالتزام دون وفاء	٣٨٢	٣٧٩
المبحث الأول : الابرء	٣٨٣	٣٨٠
المبحث الثانى : استحالة التنفيذ	٣٨٦	٣٨٤
المبحث الثالث : مرور للزمان المانع من سماع الدعوى	٣٨٨	٣٨٨
المطلب الأول : المدة المقررة لعدم سماع الدعوى	٣٩٠	٣٨٩
المطلب الثانى : وقف وانقطاع مدة عدم سماع للدعوى	٣٩٥	٣٩٥
الفرع الأول : وقف مدة عدم سماع للدعوى	٣٩٥	٣٩٦
الفرع الثانى : انقطاع مدة عدم سماع للدعوى	٣٩٧	٣٩٩
المطلب الثالث : اثر مضى المدة المقررة لعدم سماع الدعوى	٤٠١	٤٠٤
المبحث الرابع : طرق انقضاء الالتزام دون وفاء فى الفقه الاسلامى	٤٠٩	٤٠٩
المطلب الأول : الابرء فى الفقه الاسلامى	٤١٠	٤١٠
المطلب الثانى : احكام مرور للزمان فى الفقه الاسلامى	٤١٦	٤١٤
الفرع الأول : المدة المانعة من سماع للدعوى وبدا سريانها	٤١٨	٤١٥
الفرع الثانى : وقف وانقطاع المدة المانعة من سماع للدعوى	٤٢١	٤٢١
الاعذار الشرعية المؤثر فى سريان المدة	٤٢١	٤١٧
اولا : الاعذار التى توقف سريان المدة المقررة لعدم سماع للدعوى	٤٢٢	٤١٨

الصفحة للبند

الموضوع

للفرع الثالث : آثار انقضاء المدة المقررة

٤٢٠	٤٢٩	لمحرم سماع للدعوى
				مقارنة بين التقادم في القانون
				الحديث وحرور الزمن في الفقه
٤٢٣	٤٣٢	الإسلامي

رقم الايداع بدار الكتب

٨٣/٢٨٥٣

الترقيم للدولى ٨ - ٠٠٥٦ - ١٠ - ٩٧٧

مطبعة دار الصفا

١٤ شارع عبد الحبيد

جنينة قاميش

السيدة زينب - القاهرة

